



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

PEDRO PAULO LIMA E SILVA

**O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO ÂMBITO
DO SISTEMA PROCESSUAL DEMOCRÁTICO E
A SUA APLICAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (LEI 13.105/15)**

**Brasília - DF
2016**

PEDRO PAULO LIMA E SILVA

**O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO ÂMBITO
DO SISTEMA PROCESSUAL DEMOCRÁTICO E
A SUA APLICAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (LEI 13.105/15)**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Universidade de Brasília – UnB.

Orientadora: Professora Doutora Daniela
Marques de Moraes

**Brasília - DF
2016**

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Nome: SILVA, Pedro Paulo Lima e

Título: O princípio do contraditório no âmbito do sistema processual democrático e a sua aplicação no Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei 13.105/15).

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Data da defesa: 06.12.2016

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes (Orientadora)

Prof. Dr. Henrique Araújo Costa

Prof. Dr. Vallisney de Souza Oliveira

*Aos que sempre guardarei no meu
coração, meus pais.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Maria e João, por todo o amor e esforços dedicados a mim ao longo do tempo. O mérito por mais esta realização é compartilhado com eles.

Agradeço aos meus amigos que compreenderam as minhas ausências e sempre me apoiaram nesta caminhada.

Agradeço aos amigos peritos criminais e agentes de polícia que foram fundamentais para esta vitória.

Agradeço ao meu amigo e chefe, perito criminal Maurício, por atender a todas as minhas requisições relacionadas à flexibilização de horário, possibilitando que eu conseguisse acompanhar as aulas e concluir o curso.

Agradeço ao meu amigo-irmão Mário Sérgio, que, além de ser uma fonte de alegria e companheirismo, foi a luz no fim do túnel no meu momento mais difícil de todo o curso, quando lesionei o meu punho direito no início do segundo semestre de 2016.

Agradeço aos excelentes professores Henrique e Vallisney por aceitarem participar da minha banca.

Agradeço aos demais professores, aos colegas de graduação e aos profissionais de apoio administrativo da UnB pela vivência experimentada e por todo apoio e conhecimento que recebi.

Por fim, agradeço à minha orientadora, a professora Daniela Moraes, pela confiança depositada em mim e, principalmente, por ser uma excelente formadora de profissionais, capaz de irradiar seu enorme conhecimento a todos os alunos, sempre com o compromisso ético que a caracteriza.

“Agir, eis a inteligência verdadeira. Serei o que quiser. Mas tenho que querer o que for. O êxito está em ter êxito, e não em ter condições de êxito. Condições de palácio tem qualquer terra larga, mas onde estará o palácio se não o fizerem ali? ”

Fernando Pessoa.

RESUMO

A presente monografia objetiva examinar a nova visão conferida ao princípio constitucional do contraditório com o advento do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). Para tanto, inicia-se o estudo com os princípios universais, além dos expressamente positivados na Constituição Federal de 1988 que se relacionam com o princípio do contraditório, informando suas características, assim como a sua imprescindibilidade a fim de assegurar os direitos e garantias individuais. Define-se o que a doutrina denominou como “processo justo”, no qual além de fortalecer a aplicação de todos os princípios aplicáveis ao processo, exige atenção no trato cooperativo e dialético e revela as novas perspectivas que o contraditório pretende ao incidir nos litígios. O princípio do devido processo legal, fruto da união do aspecto formal com o aspecto material, instaurou essa nova ordem, trazendo fundamentos teóricos que construíram o ideal de efetividade ao contraditório moderno. Estuda-se a evolução do contraditório ao longo do tempo, sua definição empregada pelo constituinte originário e os posicionamentos doutrinários que poderão auxiliar os operadores do direito. Através do caráter democrático que o processo conquistou é estabelecida cada vez mais a participação efetiva das partes. Percebe-se a forte presença do princípio cooperativo, devidamente analisado no presente estudo, nessa perspectiva que permite o direito de influência das partes para que possam atuar no convencimento do magistrado e, juntamente com ele, construírem o provimento jurisdicional. Citam-se ainda os dispositivos do Novo CPC que consubstanciam a vontade do legislador constitucional quanto à aplicação do contraditório em determinados momentos e institutos processuais, anteriormente não previsto no Código Processual Civil de 1973. Expõe-se um quadro com as expectativas sobre a interpretação e aplicação do art. 10 do NCPC pelos operadores do direito e órgãos jurisdicionais, e como a jurisprudência poderá se posicionar para garantir o direito de influência, assim como vedar as “decisões-surpresa”. Analisam-se ainda os enunciados da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), que buscam orientar o juiz sobre a aplicação da atual lei nas demandas judiciais. Nestes enunciados, observa-se uma interpretação restritiva e até contra a nova concepção do princípio do contraditório. Por fim, são colacionados e ponderados os julgados dos Tribunais brasileiros que corroboram com a tese aqui defendida da aplicação efetiva do contraditório pela prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Princípios Processuais Constitucionais. Princípio do Contraditório. Novo Código De Processo Civil. Decisão-surpresa. Direito de Influência.

ABSTRACT

This monograph aims at examining the new vision conferred on the constitutional principle of the adversary with the advent of the new Brazilian Code of Civil Procedure – NCPC – (Law 13,105 /2015). To do so, the study begins with the universal principles, in addition to those expressly affirmed in the Federal Constitution of 1988, which relate to the principle of contradiction, informing its characteristics, as well as its indispensability in order to guarantee individual rights and guarantees. It is defined what the doctrine denominated as a "fair process," in which, in addition to strengthening the application of all principles applicable to the process, it requires attention in the cooperative and dialectic treatment and reveals the new perspectives that the adversary intends to influence in litigation. The principle of due process, fruit of the union of the formal aspect with the material aspect, established this new order, bringing theoretical foundations that constructed the ideal of effectiveness to the modern contradictory. The evolution of the contradictory over time is studied, its definition used by the original constituent and the doctrinal positions that will assist the operators of the law. Through the democratic character of the process, the effective participation of the parties is increasingly established. Duly analyzed in the present study, the strong presence of the cooperative principle is perceived in that perspective, which allows the right of influence of the parties so that they can act in the conviction of the magistrate and, together with him, construct the judicial jurisdiction. The New Code embraces the will of the constitutional legislator on the application of the adversary at certain times and the fact that these institutes of procedure were not provided for the Civil Procedure Code of 1973. This study analyzes the expectations about the interpretation and application of art. 10 of the NCPC by law-enforcement operators and courts, and how jurisprudence can be positioned to ensure the right to influence, as well as to bar "surprise decisions". The statements of the National School of Training and Improvement of Magistrate (ENFAM), which seek to guide the judge on the application of the current law in the lawsuits, are analyzed. In these statements, a restrictive interpretation is observed and even against the new conception of the contradictory principle. Finally, the judgments of the Brazilian Courts are corroborated with the thesis defended here of the effective application of the contradictory by the jurisdictional provision.

Key words: Constitutional Procedural Principles. Principle of Contradictory. New Code of Civil Procedure. Surprise decision. Right of Influence

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURAS

Art. Artigo

SIGLAS

CF	Constituição Federal de 1988
CPC	Código de Processo Civil
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de
Magistrados	
NCPC	Novo Código de Processo Civil
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS	16
1.1 O PRINCÍPIO DIALÉTICO SOB A PERSPECTIVA UNIVERSAL	16
1.2 SISTEMA PROCESSUAL DEMOCRÁTICO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	17
1.3 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO PROCESSO JUSTO	19
2 O CONTRADITÓRIO EFETIVO	25
2.1 A EVOLUÇÃO DO REGRAMENTO PROCESSUAL ATÉ O NOVO CPC	25
2.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	28
2.3 O CONTRADITÓRIO NO MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO	32
2.4 O CONTRADITÓRIO NA FUNDAMENTAÇÃO DOS JULGADOS	41
3 CONSIDERAÇÕES PROCESSUAIS	46
3.1 MANIFESTAÇÃO DO CONTRADITÓRIO NOS INSTITUTOS PROCESSUAIS	46
3.2 AS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	50
4 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COMO PRINCÍPIO DE INFLUÊNCIA	55
4.1 EXPECTATIVAS QUANTO À INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO DO CONTRADITÓRIO (ARTIGO 10 DA LEI 13.105/15)	55
4.1.1 O POSICIONAMENTO DIVULGADO PELA ENFAM SOBRE A APLICAÇÃO DO ARTIGO 10 DO NOVO CPC	56
4.1.2 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO A NÃO SURPRESA NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

A proposta do Estado Democrático de Direito, observados nos ditames da Constituição Federal de 1988, é concretizar uma ordem processual que atenda fielmente aos preceitos e princípios expressos no texto constitucional.

Na esteira de um processo democrático constitucional que visa proteger o cidadão possuidor de direitos e garantias individuais, incluem-se princípios orientadores do processo judicial brasileiro, como o princípio da dialeticidade, o princípio da cooperação, o princípio do devido processo legal e, fortemente ligado a esses, o princípio do contraditório.

Numa concepção moderna de processo justo, garantido pelo devido processo legal considerado como um todo, desponta o contraditório enraizado na cooperação, assim como na promoção do constante debate entre os sujeitos da relação processual. Esses, até então, atuavam sob a única ideia de bilateralidade de audiência.

Dada a nova temática conferida ao contraditório do Código de Processo Civil de 2015, o magistrado, detentor do poder-dever de apreciar os litígios submetidos ao seu crivo, não mais atua inquisitorialmente ou unilateralmente.

Os jurisdicionados auxiliam diretamente na condução do feito e constroem, juntamente com o juiz, o provimento jurisdicional. Mediante o que se extrai dos 12 artigos iniciais, o Novo Código preocupou-se em adequar a norma ordinária aos ditames constitucionais. Denominam-se, então, as Normas Fundamentais do Processo Civil.

Além da sujeição à boa-fé; da duração razoável do processo; da dignidade da pessoa humana; da obrigatória prestação judiciária; da fundamentação adequada das decisões judiciais; da cooperação entre partes e o juiz, merece destaque a nova perspectiva atribuída ao contraditório.

Trata-se de um contraditório efetivo, que veda as chamadas “decisões-surpresa” e submete o próprio juiz ao seu fiel atendimento às vistas de permitir o direito de influência das partes para a formação de um provimento jurisdicional justo.

Diante do exposto acima, o foco do presente estudo é análise das novas vertentes procedimentais atribuídas à garantia do contraditório sob a perspectiva da Lei nº 13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil de 1973 regulamentou o princípio do contraditório ao garantir a ampla defesa, contudo não o invocou sob o mesmo prisma material que o legislador constitucional previu. A Constituição Federal de 1988 assegura expressamente o princípio do contraditório como garantia individual (artigo 5º, inciso LV), atribuindo-lhe a importância merecida.

Com intenção mais esclarecedora, abordam-se, no presente trabalho acadêmico, os princípios que formam e complementam o contraditório moderno e a análise crítica do artigo 10 do Novo Código de Processo Civil, adiante *in verbis*:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Informa-se a interpretação que tem sido dada a tal dispositivo e a aplicação deste nos julgados dos diversos órgãos jurisdicionais. Expõe-se ainda uma face de valor do contraditório que revela importância na condução do processo e está diretamente ligada à fundamentação da decisão judicial, pela qual será proferida como fruto do debate e do direito de influência.

É garantido, dessa forma, que as partes não sejam surpreendidas com fundamentos advindos exclusivamente do convencimento do juiz e sem o devido debate entre as partes ou entre estas e o juiz. Conforme o entendimento jurisprudencial exposto nos próximos capítulos, tal pronunciamento também estará sujeito à nulidade, haja vista que sua fundamentação não foi objeto de contraditório efetivo.

O presente trabalho foi desenvolvido por meio da metodologia científica denominada indutiva, exibindo pesquisa qualitativa a partir de estudo bibliográfico realizado na legislação pátria vigente, correspondente à matéria tratada, doutrinas jurídicas, artigos científicos, assim como consultas jurisprudenciais e materiais diversos disponibilizado na internet.

Quanto ao método procedimental, o estudo possui cunho monográfico, resultante de investigação científica, caracterizada pela abordagem de um tema único e específico, proporcionando uma contribuição importante e original à ciência.

O motivo para a escolha do tema, ainda discutido e complexo, decorreu da importância reconhecida pelo Novo Código ao princípio do contraditório na aplicação às diversas matérias e institutos processuais, como nas matérias de ordem pública e na desconsideração da personalidade jurídica.

Para analisar o tema como um todo, o trabalho foi dividido em quatro capítulos. O primeiro apresenta o estudo sobre os princípios que formaram ou guardam fortes relações com o princípio do contraditório. Desde o princípio da dialética classificado entre os princípios universais que permeiam as ciências jurídicas e o Estado Democrático do Direito, até os expressamente previstos na Constituição Federal de 1988.

Nessa órbita democrática, traçam-se características dos princípios constitucionais processuais capazes de confiar ao cidadão os direitos e garantias individuais e traga eficácia ao regramento constitucional. O ideal de “processo justo” ganha força no ordenamento jurídico brasileiro e enaltece princípios basilares como o devido processo legal, seja no aspecto formal ou material, porém, cabe ressaltar, considerado como um todo.

No segundo capítulo, adentra-se o enfoque jurídico do presente estudo com a análise do contraditório efetivo. São feitas considerações desde a sua concepção, quando o magistrado ainda detinha poder absoluto e as decisões eram fruto de sua íntima convicção, até a evolução para o processo democrático, com a participação efetiva das partes.

Expressamente conceituado e merecidamente reconhecido no Novo CPC, nos termos do que dispõe o art. 9º e 10º, observa-se um contraditório aplicado em conjunto com o Princípio cooperativo nas diversas matérias e em diferentes momentos processuais. Inclusive nos julgados do Supremo Tribunal Federal, mas que ainda contraria, substancialmente, o comando legal.

No terceiro capítulo, são enumerados os dispositivos do Novo CPC, alguns inovadores, que preveem a aplicação do contraditório moderno, como na alegação de incompetência, no indeferimento e revogação da assistência judiciária gratuita e na desconsideração da personalidade jurídica. Inclusive na polêmica discussão de submeter à prévia manifestação da parte uma decisão de ordem pública e, portanto, cognoscível de ofício pelo juiz.

O último capítulo busca responder ao seguinte questionamento: como será a interpretação e a aplicação do art. 10 do NCPC pelos órgãos jurisdicionais?

Devido ao pouco tempo de vigência do atual CPC, não há um posicionamento dominante na jurisprudência quanto ao direito constitucional do contraditório e a vedação das denominadas “decisões-surpresa”. Contudo, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) pode servir como um “norte” e guiará as decisões dos magistrados. Sobre esse ponto, tece-se críticas à interpretação do ENFAM em relação aos artigos do CPC/2015.

Além da interpretação que se espera, retrata-se o entendimento já adotado pelos Tribunais Superiores e seus órgãos jurisdicionais no que tange a aplicação do art. 10 e no poder das partes em influenciar na prestação jurisdicional, evitando, assim, que sejam surpreendidas.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

As ciências jurídicas, ao contrário dos critérios lógicos adotados pela ciência exata, preconizam uma lógica pautada na razoabilidade e proporcionalidade. Trata-se, portanto, da promoção ao debate e a argumentação, além da espécie mais apropriada de interpretação das normas jurídicas.

Indubitável a importância do estudo dos princípios em qualquer ramo do Direito visto que, através deles, permite-se a aplicação do conjunto de normas de um determinado ordenamento jurídico.

1.1 O PRINCÍPIO DIALÉTICO SOB A PERSPECTIVA UNIVERSAL

José Manoel Arruda Alvim Neto (2003, p. 22-23) classifica os princípios universais, atribuindo-lhes caráter informativo. Guardando nexos com o moderno Estado Democrático de Direito, o autor enumera tais princípios (princípio da legalidade, princípio lógico, princípio dialético e o princípio político).

Dentre esses princípios universais, respeitados pelo moderno Estado Democrático de Direito, destaca-se o princípio dialético.

O princípio dialético concretiza-se através do contraditório constitucionalmente previsto, e que se traduz, antes de submeter a julgamento, na ampla discussão entre as partes e o juiz em torno de todas as questões suscitadas no processo.

Todos os sujeitos envolvidos na relação processual, efetivamente, promovem a dialética através do amplo debate em torno dos fatos e fundamentos jurídicos alvitados no decorrer do processo para que, tais sujeitos processuais, estabeleçam o resultado da tutela jurisdicional. Afasta-se, outrossim, a forma autoritária do magistrado em conduzir o processo (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 77-78).

1.2 SISTEMA PROCESSUAL DEMOCRÁTICO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como instrumento da jurisdição, o Estado (sob o comando do Estado-juiz) manifesta seu poder através do processo jurisdicional. Nessa concepção, a Constituição da República de 1988, caracterizada como democrática, passou a ser fonte objetiva de todo o sistema processual no país. Através da jurisdição, atribui-se ao processo o papel básico de ferramenta de efetivação da própria ordem constitucional.

Dessa maneira, assegura-se, às decisões jurisdicionais, validade e legitimidade. Segundo Silvio Batista de Sá (2014, p. 208):

Nessa perspectiva teórica o processo jurisdicional democrático apresenta-se como instituição jurídica capaz de garantir uma fiscalidade permanente dos atos jurídicos, de modo a assegurar às partes o direito de influenciar o curso da atividade processual.

Depreende-se, diante da análise de Silvio Batista de Sá (2014), que ante uma participação mais efetiva das partes na formação das decisões judiciais, permite-se maior ganho de democratização, uma vez que adota um sistema misto e complexo que preza pela participação como condição de legitimidade dos provimentos.

Dado o sistema de jurisdição difusa e concentrada de controle de constitucionalidade, a democratização do exercício do poder, a partir de uma maior participação das partes na formação das decisões jurisdicionais, admite-se uma adequação mais democrática do direito material no sistema judiciário brasileiro. Exige-se das partes, portanto, mais responsabilidade na materialização de um padrão processual democrático.

O tradicional modelo teórico-jurídico, no qual a demanda é submetida ao julgamento do magistrado para que exerça seu poder jurisdicional de forma ditatorial e centralizada, derivado da livre consciência do julgador, dá lugar ao importante papel desempenhado pelas partes na construção do provimento jurisdicional. Ressalta-se, entretanto, que tal modelo tradicional tem sido alvo de críticas e resistência da doutrina processual moderna que adota o neoconstitucionalismo democrático sobre as garantias fundamentais do processo.

A atividade jurisdicional, sob a ótica democrática processual estabelecida na Carta Magna, deve privilegiar um sistema que confere às partes a corresponsabilidade pela estabilização dos sentidos normativos.

Conforme adverte Dierle José Coelho Nunes (apud BATISTA DE SÁ, 2014, p. 204), quanto ao processo democrático “não existe entre os sujeitos processuais (técnicos processuais) submissão, mas, sim, interdependência, fazendo inaceitável o esquema da relação jurídico-processual que impõe submissão das partes ao juiz”.

A interpretação do novo CPC à luz de uma teoria constitucional do processo depreende-se da previsão expressa dos princípios processuais na Constituição. Deve haver compatibilidade entre o exercício da atividade jurisdicional e a proposta do Estado Democrático de Direito adotado pela nossa Constituição, porquanto garante-se uma abordagem teórica dos parâmetros e condições de atuação do Estado-Juiz.

Nesse sentido, a jurisdição apenas pode ser exercida mediante a garantia incondicional do devido processo legal. Merece consideração a análise de José Marcos Rodrigues Vieira (apud BATISTA DE SÁ, 2014, p. 213):

Infelizmente as reflexões sobre a função jurisdicional, no Brasil, ainda estão presas a perspectivas teóricas ultrapassadas, o que acaba limitando-a a um conceito de atividade pacificadora do Estado, e torna o processo um meio para realização da justiça. Isto é, a jurisdição seria uma manifestação de poder do Estado, exercido pelos juízes, e o processo mero instrumento para a concretização desse poder. Essa reflexão raquítica da jurisdição tem provocado um colapso teórico-científico a respeito do papel do judiciário no Estado Democrático de Direito.

Por meio da ordem constitucional positivada estabelecem-se os preceitos e diretrizes fundamentais para pautar os institutos processuais elaborados pelo legislador ordinário. Assim, invoca-se o Direito Constitucional Processual, composto pelo conjunto de normas e princípios de Direito Processual, constitucionalmente previstos, que regulam a denominada jurisdição constitucional.

Os princípios constitucionais processuais são capazes de conferir ao cidadão as garantias individuais necessárias para que se efetive a norma material tutelada, na medida em que o processo não é um fim em si mesmo, possuindo caráter meramente instrumental (DUARTE; JUNIOR, 2012. p. 37).

Nesse diapasão, Luís Roberto Barroso (2010) destaca que a legislação ordinária regulará e limitará os princípios constitucionais processuais expressos na

Constituição Federal de 1988 de forma que possa atribuir aplicabilidade no mundo dos fatos, dos valores e interesses tutelados.

Destarte, impõe-se obediência da legislação infraconstitucional aos princípios processuais previstos pelo constituinte, uma vez que obtêm o status de garantia individual do cidadão e, ainda, trazem efetividade aos direitos substanciais.

Já no âmbito processual civil e visando a importância da fiel ligação com os preceitos constitucionais, o legislador ordinário repete, nos seus dispositivos subsequentes, alguns dos princípios fundamentais do processo civil estabelecidos pela Constituição Federal, como o da isonomia, da demanda, da duração razoável do processo, do contraditório e da ampla defesa. Já no início da parte geral estampam-se “os princípios fundamentais do processo, conferindo organicidade à nova legislação” (GONÇALVES, 2016, p. 116).

Portanto, qualquer que seja o bem material tutelado, impõe-se a observância destes preceitos fundamentais.

Diante de tais preceitos com caráter fundamental inserem-se os princípios consagrados como inerentes ao processo democrático constitucional, no qual sobressaem, além dos já citados, o devido processo legal, o direito ao procedimento e o contraditório, objetos de estudo nos próximos capítulos.

1.30 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO PROCESSO JUSTO

A Carta Magna assegura aos cidadãos o direito ao processo como uma das garantias individuais, disposto no art. 5º, inciso XXXV. A fim de exercer o direito à jurisdição, conseqüentemente o jurisdicionado terá direito ao processo, visto que este é o meio pelo qual se buscará a realização da Justiça.

O diploma processual civil dita as normas a serem aplicadas aos casos práticos que surgem e são inerentes ao convívio humano. O Estado, diante do princípio da inafastabilidade do controle judicial, não pode declinar perante nenhuma causa.

Os princípios informativos do processo originam-se através do conjunto de normas do direito processual, propiciando, sem lesão dos direitos individuais dos litigantes, os instrumentos imprescindíveis para que o juiz busque a verdade real.

O princípio do devido processo legal está disposto no artigo 5º, inciso LIV, da Carta Magna, o qual prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. “Compreende algumas categorias fundamentais, como a garantia do juiz natural (CF, art. 5º, XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5º, LIII), a garantia de acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), de ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, LV) e, ainda, a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, IX) ” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p.80).

Na concepção de Humberto Theodoro, o devido processo legal desempenha o papel de um “superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento” (THEODORO JÚNIOR, *ibid.*, p.80). E, se a intenção do legislador é harmonizar todos os princípios do direito processual, deve prevalecer a constante observância de um processo razoável e proporcional.

O devido processo legal tem concretizado uma ideia de processo justo, “adequado a realizar o melhor resultado concreto em face dos desígnios do direito material. Entrevê-se, nessa perspectiva, também um aspecto substancial na garantia do devido processo legal. ” (COMOGLIO, 2004 apud THEODORO JÚNIOR, 2015, p.80).

Em 2004, o texto constitucional brasileiro foi emendado com o fito de explicitar que a garantia do devido processo legal (processo justo) deve assegurar “a razoável duração do processo” e os meios que proporcionem “a celeridade de sua tramitação” (BRASIL. Constituição, 1988).

Nesse âmbito de processo justo, Humberto Theodoro Júnior trata da ordem substancial que o significado do devido processo legal traz em seu bojo, indo além do aspecto formal ou procedimental apontado pela legislação processual civil:

Nessa moderna concepção do processo justo, entram preocupações que não se restringem aos aspectos formais ou procedimentais ligados à garantia de contraditório e ampla defesa. Integram-na também escopos de ordem substancial, quando se exige do juiz que não seja apenas a “boca da lei” a repetir na sentença a literalidade dos enunciados das normas ditadas pelo legislador. Na interpretação e aplicação do direito positivo, ao julgar a causa, cabe-lhe, sem dúvida, uma tarefa integrativa, consistente em atualizar e adequar a norma aos fatos e valores em jogo no caso concreto. O juiz tem, pois, de complementar a obra do legislador, servindo-se de critérios éticos e consuetudinários, para que o resultado final do processo

seja realmente justo, no plano substancial. É assim que o processo será, efetivamente, um instrumento de justiça (THEODORO JÚNIOR, 2015, p.81).

Destarte, além do devido processo legal implicar na adequação ao direito positivo, realiza a vontade soberana do Estado Democrático de Direito quando visa concretizar, através da dialética, os preceitos e princípios constitucionais. Tal dialética transparece-se na promoção ao debate, em que se enseja o contraditório e a ampla defesa e aperfeiçoa a pretensão do legislador.

Não se trata de uma perspectiva principiológica restrita ao procedimento desenvolvido em juízo, mas a fiel observância ao alcance previsto na Constituição, organizando e ajustando uma decisão judicial que garanta os direitos fundamentais das partes e seja compatível com a supremacia constitucional.

Antes de adentrar ao tema sobre o princípio da cooperação, que guarda forte relação com o contraditório, importante apontarmos e definirmos dois modelos de processo na civilização ocidental influenciada pelo iluminismo: o modelo dispositivo e o modelo inquisitivo.

A despeito de haver divergência na doutrina, Fredie Didier (2014, p.89) caracteriza o modelo adversarial como uma “competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir”.

Continua o autor definindo que “O modelo inquisitorial (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No modelo adversarial as partes detêm autonomia para desenvolver a atividade processual.” (DIDIER, 2014, p. 89)

Correlacionando-se, no modelo adversarial predomina o princípio do dispositivo, já no modelo inquisitorial, o princípio inquisitivo. As partes, ao conduzirem e instruírem o processo, estão agindo em conformidade com o princípio dispositivo. Contudo, no momento em que o legislador atribui mais poderes ao magistrado, manifesta-se a “inquisitividade”, independente da vontade das partes.

Em determinados institutos jurídicos observa-se a prevalência de um modelo ou de outro. Como exemplos, no que tange ao Código Civil de 1973, a instauração do processo e a fixação do objeto litigioso são, em regra, atribuições da parte (arts. 128, 263 e 460, CPC). Quanto à investigação probatória, o CPC admite que o juiz determine a produção de provas *ex officio* (art. 130 do CPC).

Os próprios institutos se complementam, ou seja, não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo: os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos adversariais e inquisitoriais. Complicado, deste modo, estabelecer um “critério identificador da dispositividade ou da inquisitorialidade que não comporte exceção”. Não é possível afirmar que o modelo processual brasileiro é totalmente dispositivo ou inquisitivo. (JOLOWICZ apud DIDIER, 2014, p. 91).

Equivocada a interpretação na qual o processo dispositivo é sinônimo de processo democrático ou que o processo inquisitivo significa processo autoritário.

Assegurando-se o pleno acesso à Justiça e a realização das garantias fundamentais traduzidas nos princípios da legalidade, liberdade e igualdade, o processo justo, derivado do devido processo legal, para se adequar aos ditames constitucionais, terá de consagrar, no plano procedimental: “a) o direito de acesso à Justiça; b) o direito de defesa; c) o contraditório e a paridade de armas (processuais) entre as partes; d) a independência e a imparcialidade do juiz; e) a obrigatoriedade da motivação dos provimentos judiciais decisórios; f) a garantia de uma duração razoável, que proporcione uma tempestiva tutela jurisdicional” (ANDOLINA 2006 apud Ibid., p.83).

No âmbito doutrinário há quem faça distinção entre o “devido processo legal procedimental (ou formal)” e “devido processo legal substancial”.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves traz tal diferença para uma compreensão mais didática do conteúdo do princípio:

O devido processo legal formal (*procedural due process*) diz respeito à tutela processual. Isto é, ao processo, às garantias que ele deve respeitar e ao regimento legal que deve obedecer. Já o devido processo legal substancial (*substantive due process*) constitui autolimitação ao poder estatal, que não pode editar normas que ofendam a razoabilidade e afrontem as bases do regime democrático. Para nós, interessa, sobretudo, o aspecto formal, que diz respeito ao arcabouço processual (GONÇALVES, 2016, p. 117).

Humberto Ávila (2008) esclarece que o princípio é *uno*, indivisível, segundo o qual o processo deve cumprir sua função institucional de tutela, seguindo padrões definidos pela Carta Magna.

O processo justo não é senão aquele normatizado para promover um comportamento necessário e adequado à sua funcionalidade. O “devido processo legal substancial” não se limita ao dever de “proporcionalidade e razoabilidade” na

efetivação dos princípios constitucionais através dos provimentos judiciais, assim como não se originou, fundamentadamente, do devido processo legal. O sistema constitucional é interpretado como um todo de normas e princípios que se relacionam.

Dessa forma, tal dever quanto a proporcionalidade e razoabilidade existe dentro e fora do processo, sempre que o intérprete da Constituição se depara com a necessidade de tomar deliberações sobre questões que, naturalmente, encontrem-se sob regência de mais de um princípio fundamental.

Posto isso, sob a perspectiva de um único devido processo legal, confere-se primordialmente uma característica procedimental em que se busca garantir e proteger os direitos questionados em juízo. Para então, no decorrer da prática dos atos processuais, apresentar-se adequado e justo, desde que praticados no âmbito da proporcionalidade e ao ideal de protetividade do direito tutelado.

Ao julgar uma causa submetida a sua apreciação, o juiz não pode fundamentar apenas com a invocação de um princípio geral, mesmo que de fonte constitucional.

Ou seja, deparando-se diante de regra geral aplicável ao caso, deve-se decidir por meio dela. Obviamente os princípios constitucionais sempre serão observados, principalmente no plano da interpretação e adequação da lei às peculiaridades do caso. O comando legal deve ser compreendido de maneira que mais se amolde aos princípios constitucionais.

Faz-se mister salientar que o juiz pode, lícitamente, recusar aplicação de uma lei contrária ao que dispõe o texto constitucional e, conseqüentemente, inválida. Decidirá, por conseguinte, considerando a prevalência dos princípios constitucionais sobre os dispositivos inválidos da lei, fazendo incidir os princípios constitucionais em face dos dispositivos inválidos da lei ordinária.

Em sua face substancial, o intérprete da norma efetivamente terá aplicado o devido processo legal, visando afastar o abuso normativo cometido pelo legislador que se exhibe como desrazoável ou desproporcional e fere os próprios limites de sua competência política de legislar, prevista na Constituição.

Tal ponderação encontra respaldo no julgamento, pelo STF, da ADI 1.407-MC, *in verbis*:

O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância da diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os

excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público”. A cláusula tutelar do substantive due process of law, compreendida no art. 5º, LIV, da CF, “ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador (BRASIL. STF, 2005)

Assim, a disposição expressa do devido processo legal na Constituição Federal de 1988 garante ao litigante uma prestação jurisdicional justa e democrática e, de igual maneira, na via administrativa. O constituinte, entretanto, diante de diversos princípios expressos no artigo 5º, impediu que qualquer destes fossem considerados caso a caso e reforçou a ideia de aplicar-lhes no processo como um todo.

2 O CONTRADITÓRIO EFETIVO

Para garantir a fiel adequação ao comando constitucional, o legislador deve criar regras processuais adequadas aos direitos fundamentais. Imprescindível destacar que tais normas devem revestir-se de legalidade, de igualdade das partes e do contraditório efetivo.

Os próximos subitens tratarão das características inerentes ao princípio do contraditório desde a sua concepção até sua disposição no âmbito no novo CPC, assim como discutirá o princípio da cooperação, que guarda forte relação com o contraditório.

2.1 A EVOLUÇÃO DO REGRAMENTO PROCESSUAL ATÉ O NOVO CPC

No século XX, a preocupação do Estado vinculava-se a pacificação dos conflitos jurídicos. O juiz detinha o comando total do processo e o guiava assumindo até a iniciativa da prova. O direito material era posto em outro plano diante de um direito processual que primava pela técnica procedimental, afastando a incidência da instrumentalidade (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 51).

Nos Estados Sociais, o processo caracterizava-se pelo comando absoluto do magistrado. Já o processo no período de Estados Liberais expressava a predominância de atuação das partes.

Contudo, considerando o modelo processual atual, altera-se novamente o enfoque de atuação baseado nos preceitos do Estado democrático para permitir um aprimoramento da relação dos sujeitos processuais (partes, juiz, ministério público, terceiros, auxiliares, etc.). (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009).

Com a evolução do Código de Processo Civil observa-se que, no Século XXI, os direitos subjetivos substanciais lesados ou ameaçados (CF, art. 5º, inciso XXXV) são efetivamente tutelados através da função primordial do direito processual. Este, agora, com caráter instrumental.

O devido processo legal evoluiu para buscar o processo justo. As normas do processo, no Estado Democrático de Direito, são elaboradas sob a ótica

constitucional, dispondo os princípios básicos em seu texto para reger os direitos e garantias individuais.

Ao democratizar o processo, o magistrado mantém a titularidade no julgamento do litígio, contudo afasta-se o autoritarismo e insere-se a participação, também do juiz, no diálogo entre as partes, assim como há uma efetiva construção do provimento judicial. O processo jurisdicional democrático está fincado num entendimento inovador do contraditório que não mais se limita a uma simples “bilateralidade de audiência” (NUNES, 2011, p. 81).

Dierle José Nunes ainda destaca a concepção do contraditório de forma que:

[...] este não poderia mais ser analisado tão-somente como mera garantia formal de bilateralidade de audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência (einwirkungsmöglichkeit) sobre o conteúdo das decisões [...] e sobre o desenvolvimento do processo, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa (NUNES, 2011, p.226).

Estamos diante do contraditório que vai além da perspectiva de conhecer a ação e participar através de manifestações e provas, mas um contraditório que permite às partes o direito de influir nos atos decisórios.

O litígio levado à apreciação pelo Poder Judiciário, pelo princípio cooperativo, é solucionado com a participação das partes e do juiz que visam a sua composição.

Contudo, cabe ressaltar que o antigo Código de Processo Civil de 1973 trouxe, tanto no âmbito de seu texto legal como na prática dos atos processuais sob seu crivo, um padrão processual centralizado na pessoa do juiz como detentor do poder decisório.

As decisões eram proferidas sem observar os princípios processuais constitucionais e as previsões constitucionais que garantem a aplicação do processo sob a óptica da democratização do exercício da função jurisdicional entre os sujeitos processuais.

Preocupou-se com os dados quantitativos, no julgamento de diversas demandas, assim como nos meios para reduzir o número de demandas e recursos.

Todavia, cabe ressaltar que o judiciário deve preocupar-se com a celeridade em todas as fases processuais, desde que não comprometa ou ignore os direitos e garantias fundamentais do jurisdicionado.

A ausência de norma legal que determine a manifestação dos sujeitos da relação processual nos fundamentos que possam convencer o magistrado, reforça a equívoca aplicação do princípio do contraditório no processo civil brasileiro.

Nessa esteira, há no Brasil, ainda que vigente o Novo Código de Processo Civil de 2015, uma quantidade enorme de decisões-surpresas. Uma vez que não resultam da dialética entre as partes e o juiz, muitas dessas decisões são caracterizadas por considerável subjetividade. Ou seja, puramente da convicção íntima do juiz, sem a garantia do contraditório efetivo e, até mesmo, com desrespeito ao dever legal de fundamentação previsto na Constituição Federal.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias narra o denominado “complexo de *Magnaud*” que ilustra essa patologia judiciária:

Jean-Marie Bernard Magnaud foi o juiz que, na França, presidiu o Tribunal de Primeira Instância de *Château-Thierry* no período de 1899 a 1904, cujos julgamentos se tornaram célebres, mas assim sobressaindo porque subvertiam a ordem jurídica. Almejava ser o bom juiz, clemente com os miseráveis e severo com os poderosos. Apesar de bem redigidas, suas sentenças, muitas vezes, eram distanciadas das fontes do direito, sem qualquer preocupação com regras e princípios jurídicos, com a doutrina ou com a jurisprudência. Algumas decisões por ele lavradas revelavam incerteza e insegurança jurídicas, formulando regras apoiadas unicamente no sentimentalismo e nos seus juízos e opiniões pessoais, que variavam em cada situação apreciada, ainda que semelhantes os casos julgados. Essas decisões assim proferidas simbolizavam anarquia jurídica, porque levavam em conta a classe, a mentalidade religiosa ou a ideologia política das pessoas que postulavam a jurisdição. Ao ditar suas sentenças, comportava-se Magnaud como se fosse a própria encarnação do direito, um misto de legislador, de vidente, de apóstolo e de evangelizador, dir-se-ia espécie mitológica do Juiz-Zeus (DIAS, 2010, p. 120).

A promoção da incerteza e da insegurança jurídica depreende-se através da análise da prática processual atual e corriqueira. A fim de obter a prestação jurisdicional do Estado, não resta outra alternativa às partes senão comportar-se como meras expectadoras, diante dos argumentos rejeitados ou ignorados na decisão final. As alegações trazidas pelas partes perdem seu valor diante do convencimento do magistrado no que tange às questões que julga “resolver” o conflito.

Elucidando tal entendimento, Ronaldo Brêtas expõe a seguinte situação:

Considere-se que o autor ajuíze ação, dando início ao processo, sustentando, na petição inicial, como fundamento jurídico de seu pedido, incidência das normas do Código Civil de 1916. O Réu, por sua vez, na contestação, resiste à pretensão e, como fundamento de defesa, embora reconhecendo os fatos narrados pelo autor, a eles oponha outras consequências jurídicas, postulando incidência das regras do Código Civil de 2002. Na fase decisória, conclusos os autos, após as partes

apresentarem suas razões finais, entende o juiz-diretor do processo que o caso concreto, ao contrário das teses jurídicas alinhadas pelo autor e pelo réu, receberá solução adequada pela aplicação das normas do Código de Defesa e de Proteção ao Consumidor (DIAS, *Ibid.*, p.98).

Trata-se apenas de um dos reflexos da ausência de manifestação prévia e também da falta de influência das partes na prestação jurisdicional, ocasionando uma sentença-surpresa prolatada pelo magistrado e violando o princípio do contraditório.

Conforme exposto nos próximos tópicos, o Novo Código de Processo Civil, fincado nos valores constitucionais, traz a concepção democrática, alterando e complementando essa dinâmica processual.

2.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Como já explicitado no capítulo anterior, o princípio do contraditório guarda relação com o devido processo legal, nos âmbitos jurisdicional, administrativo e negocial. A própria estrutura do processo advém do contraditório.

Tamanha a importância de tal princípio, a Constituição Federal de 1988 o prevê no art. 5º, inciso LV: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

O exercício da tutela jurisdicional depende da observância de diversos preceitos e princípios informativos, dentre eles o contraditório, a fim de alcançar a justa composição da lide. Sua prática permite às partes a defesa plena de seus interesses e confere ao magistrado os elementos necessários ao alcance da verdade real.

Como fruto do princípio democrático, o contraditório opera-se na participação efetiva, assim como na exigência para o exercício democrático de um poder. Luis Guilherme Marinoni cria uma denominação do princípio do contraditório, a "participação em contraditório". E esclarece:

Essa participação em contraditório, devendo estar de acordo com os valores da Constituição Federal e especialmente com a' igualdade substancial—e não com a igualdade meramente formal—, deve traduzir-se na possibilidade de uma participação concreta no processo. Melhor explicando: se a participação, na democracia, deve ser concreta não basta possibilitar-se a mera participação formal, mas é fundamental que sejam conferidas iguais

oportunidades de participação aos interessados. Isso para não falar que essa possibilidade de participação deve ser adequada e razoável, sendo desarrazoado, por exemplo, o procedimento que prevê prazo muito exíguo (e dessa forma não adequado) para a parte interpor recurso (MARINONI, 2010, p. 47).

Para que o princípio do acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV, CF) seja pleno e efetivo, imperioso é que o litigante tenha assegurado o direito de ser ouvido em juízo, assim como há de lhe ser reconhecido e garantido, ainda, o direito de participar ativa e concretamente da formação do provimento com que seu pedido de tutela jurisdicional será solucionado (TROCKER, 1974 apud THEODORO JUNIOR, 2015, p.110).

Nesse diapasão, o juiz submete a questão previamente à consulta das partes para, somente após isso, constituir seu convencimento e apreciar os pontos controvertidos que porventura surgirem e guardem relação com a solução da demanda.

Nelson Nery Junior (2009, p. 206) explica que garantir o contraditório traduz-se na realização da “obrigação de noticiar (*Mitteilungspflicht*) e da obrigação de informar (*Informationspflicht*) que o órgão julgador tem, a fim de que o litigante possa exteriorizar suas manifestações”.

O sistema processual de 1973 é arcaico por permitir a manifestação das partes apenas após a prática dos atos que acarretam ônus sucumbencial, ensejando um maior número de insatisfações em decorrência das decisões surpresas.

Gradualmente no tempo há uma transição do contraditório estático para o contraditório dinâmico. O que realmente importava, a sentença, vinculava-se à leviana e subjetiva interpretação do juiz na formação de sua convicção.

Perde-se a ideia do contraditório visto apenas como bilateralidade da audiência, na qual uma das partes argumenta e a outra simplesmente rebate o argumento, formando uma mera discussão superficial.

Segundo Marcelo Veiga Franco (2013), na visão tradicional ou estática, os sujeitos submetidos à decisão jurisdicional possuem a garantia de que lhes seja conferida a oportunidade de manifestar suas alegações e angariar as provas que refutem necessárias para a proteção do seu direito e imprescindíveis para o convencimento do juiz, e, ainda, dando a oportunidade à respectiva resposta.

Estamos diante de modelo procedimental de contraditório, no qual figura como um mero dizer e contradizer das partes e, mesmo conferindo o direito de

manifestação das partes sobre os atos processuais praticados, resta ausente a construção conjunta da prestação jurisdicional.

Sendo assim, o contraditório deixou de ser apenas uma garantia de simétrica paridade para se tornar “direito fundamental dos sujeitos processuais contra um procedimento judicial de bases inquisitórias, conduzido por um saber absoluto e inquestionável do julgador” (NUNES, 2011, p.207). O contraditório, nessa perspectiva fazzalariana, resume-se a um conceito de simétrica paridade sem assegurar do direito de influência.

Entretanto, aplicando-se o princípio do contraditório que traga eficácia ao sistema processual, a processualista Fernanda Tartuci ressalta uma relação processual não como procedimento, ou seja, a “possibilidade de ciência e manifestação sobre todos os atos processuais” (TARTUCI, 2012, p. 90).

Contudo, trata-se de uma garantia constitucional, visando assegurar a participação dos interessados por meio do debate efetivo dos fundamentos que compuserem a decisão que lhes acarretará efeitos. Somente com essa operação do contraditório é que se quebram as ideias de que exista algum participante protagonista no processo e passa-se a operar um processo de participação múltipla (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009).

Agindo nesse modelo tradicional, é instaurado, portanto, o costume da avalanche de recurso diante do inconformismo das partes com base na decisão proferida e baseada no argumento diferente do debatido e invocado.

No que tange ao tratamento dispensado pelo novo CPC, Humberto Theodoro (2014), numa análise reflexiva, discute a possibilidade do processo em atingir a qualificação de um processo justo através da interpretação do sistema procedimental sob o enfoque principiológico, reservado ao que dispõe a Constituição.

Entre as tratativas do autor, está a previsão de que o processo civil será interpretado conforme os valores insculpidos na Constituição da República (art. 1º), a inafastabilidade de jurisdição e a garantia de pleno acesso à justiça (art. 3º), a razoável duração do processo (art. 4º), a sujeição das partes ao princípio da boa-fé (art. 5º), o dever de cooperação das partes (art. 6º), o tratamento igualitário aos litigantes, devendo o juiz velar pelo contraditório (art. 7º), garantia de que as partes serão ouvidas (art. 9º), a garantia de que as partes se manifestarão sobre todos os argumentos da decisão (art. 10).

Os três últimos dispositivos citados merecem destaque, porquanto inserirem esse contraditório dinâmico e efetivo. No art. 7º o legislador já ressalta a igualdade de tratamento entre as partes, o equilíbrio processual, ensinando a seguinte lição:

A igualdade de tratamento não pode se dar apenas formalmente. Se os litigantes se acham em condições econômicas e técnicas desniveladas, o tratamento igualitário dependerá de assistência judicial para, primeiro, colocar ambas as partes em situação paritária de armas e meios processuais de defesa. Somente a partir desse equilíbrio processual é que se poderá pensar em tratamento paritário no exercício dos poderes e faculdades pertinentes ao processo em curso. E, afinal, somente em função dessas medidas de assistência judicial ao litigante hipossuficiente, ou carente de adequada tutela técnica, é que o contraditório terá condições de se apresentar como efetivo, como garante o art. 7º do NCPC (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 111).

Ainda no que tange ao contraditório, o art. 9º garante o direito de influir, assegurando às partes não somente o conhecimento e a participação do provimento jurisdicional. Se uma decisão contrariar uma parte, não poderá surpreendê-la, haja vista ter de suportar os efeitos e consequências legais. Trata-se do princípio da “não surpresa” na orientação e na conclusão do processo, amplamente defendido pela doutrina majoritária.

Entretanto, o parágrafo único do art. 9º, prevê três incisos com as exceções para permitir decisões em detrimento de parte ainda não ouvida nos autos: os referentes à tutela provisória de urgência; algumas hipóteses de tutela da evidência – art. 311, incisos II e III; e a decisão autorizadora do mandado de pagamento, na ação monitória – art. 701, CPC.

Por conseguinte, também prestigiando o princípio da “não surpresa”, o art. 10 impede que o juiz decida mediante fundamento ainda não submetido à manifestação das partes e ainda se aplica em outro caso:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, **ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício** (grifou-se).

Mesmo nos casos em que o magistrado se vale de fundamento cognoscível de ofício, não suscitado anteriormente, deve ser dada a oportunidade às partes o direito de se manifestarem. Além do mais, como expressamente dispõe o artigo, a proibição do art. 10 deve ser observada por todos os juízos e tribunais (GONÇALVES, 2016, p.118-119).

2.3 O CONTRADITÓRIO NO MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO

O Novo Código de Processo Civil, já vigente em 2016, prevê logo no Capítulo I, doze artigos destinados à abordagem a respeito das normas fundamentais através dos quais o processo civil deve se desenvolver.

São dispositivos fundamentais necessariamente observados para a adequada aplicação dos procedimentos a serem instaurados nas demandas judiciais.

A perspectiva atual do contraditório vem para alterar o caráter litigioso do processo e colocar em prática o princípio da cooperação entre as partes, seus mandatários e o magistrado. Estamos diante de uma nova dimensão do princípio do contraditório assegurado na Carta Magna, que guarda a função de permitir a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de influir, verdadeiramente, sobre a formação da decisão final em permanente diálogo e não mais como garantia de audiência bilateral das partes.

A garantia do processo justo possui em sua base teórica o enunciado dos princípios da boa-fé objetiva, do devido processo legal e do contraditório.

O novo CPC adota como “norma fundamental” o dever de todos os sujeitos do processo de “cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º).

O diploma legal também dispôs sobre três dispositivos para inserir esse contraditório dinâmico e efetivo. No art. 7º o legislador já ressalta a igualdade de tratamento entre as partes, o equilíbrio processual, ensinando a seguinte lição:

A igualdade de tratamento não pode se dar apenas formalmente. Se os litigantes se acham em condições econômicas e técnicas desniveladas, o tratamento igualitário dependerá de assistência judicial para, primeiro, colocar ambas as partes em situação paritária de armas e meios processuais de defesa. Somente a partir desse equilíbrio processual é que se poderá pensar em tratamento paritário no exercício dos poderes e faculdades pertinentes ao processo em curso. E, afinal, somente em função dessas medidas de assistência judicial ao litigante hipossuficiente, ou carente de adequada tutela técnica, é que o contraditório terá condições de se apresentar como efetivo, como garante o art. 7º do NCPC.

Ainda no que tange ao contraditório, o art. 9º garante o direito de influir, assegurando às partes não somente o conhecimento e a participação do provimento jurisdicional. Se uma decisão contrariar uma parte, não poderá surpreendê-la, haja vista ter de suportar os efeitos e consequências legais. Trata-se do princípio da “não surpresa” na orientação e na conclusão do processo, amplamente defendido pela doutrina majoritária.

Por conseguinte, também prestigiando o princípio da “não surpresa”, o art. 10 impede que o juiz decida mediante fundamento ainda não submetido à manifestação das partes e ainda se aplica em outro caso:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, **ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício** (grifou-se).

O ordenamento jurídico português prevê expressamente o dever do juiz, dos mandatários judiciais e das próprias partes.¹ Por meio dessa norma jurídica, o sistema processual brasileiro também enseja que durante a tramitação do feito os magistrados, as partes e seus mandatários colaborem entre si e concorram para a obtenção breve e eficaz da justa composição da controvérsia, conforme leciona Fernanda Tartuce (2012).

Outro dispositivo lusitano que merece destaque por ter explicitado a dinâmica cooperativista em sua norma processual encontra-se disposto no artigo 266, que dispõe sobre o princípio da cooperação².

Resta clara a relação harmônica e interdependente entre o princípio da cooperação e o princípio do contraditório no processo civil português. Logo, observa-

¹ “Art. 7º-1- Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”.

² “ARTIGO 266.º

Princípio da cooperação

1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 519.º

4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processuais, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”.

se o direito de influir das partes quando intimadas a se manifestarem sobre questão controversa ou ponto fundamental, o que não significa o mero direito à manifestação e informação.

Conforme os apontamentos de Dierle José Coelho (2004), o contraditório esperado pelo constituinte não se desdobra somente com a oportunidade de manifestação das partes sobre determinado ato processual. A norma não teria eficácia considerando a mera reação a um ato processual ou de uma parte perante a outra. Importante uma constante postura pautada na dialética a fim de alcançar uma apropriada construção da prestação jurisdicional final.

Com a vigência da Constituição federal de 1988, já se falava, no âmbito doutrinário, sobre o princípio da cooperação no devido processo legal, caracterizado pelo contraditório amplo e efetivo. Com efeito, “se o contraditório exige participação e, mais especificamente, uma soma de esforços para melhor solução da disputa judicial, o processo realiza-se mediante uma atividade de sujeitos em cooperação”. (CUNHA, 2012 apud THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 107).

Conforme assevera Daniel Francisco Mitidiero (2006 apud DIDIER, 2014, p. 93) o contraditório volta a ser valorizado como “instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida”.

O órgão jurisdicional perde o destaque, descaracterizando o processo inquisitorial e uma posição assimétrica entre as partes. Não obstante, busca-se uma condução cooperativa do processo, mais apropriado para uma democracia.

E tem início o contraditório sobre o brocardo *auditur altera pars* em que se tem a maior lembrança do princípio do contraditório. Inicialmente tal princípio consistia em equilibrar as forças entre os litigantes, como uma forma de compensar diferenças de capacidade dos defensores das partes. Dessa forma, assumiu um caráter ético, intrínseco ao processo sendo que no *ordo iudiciarius* “visa a assegurar a igualdade, não apenas entre partes, mas também entre o juiz e as partes” (PICARDI, 2008, p. 130). Atribui-se, assim, o caráter simétrico ao contraditório.

Dierle José Coelho Nunes (2008, apud DIDIER, 2014, p. 93) que fala em *modelo coparticipativo* de processo como técnica de construção de um processo civil democrático em conformidade com a Constituição, afirma que “a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e coparticipativa, afastando

qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo".

Entretanto, aponte-se para a assimetria no momento que o magistrado decide, ou seja, a decisão é manifestação do poder jurisdicional, que é exclusivo e não pode sofrer restrições.

Nesse momento, a relação entre as partes e o órgão julgador é essencialmente assimétrica e revela-se como um ato de poder.

Em que pese o processo autoritário que ditava as regras aplicadas aos atos processuais, há uma tendência ao equilíbrio, revelado na posição paritária dos sujeitos envolvidos na relação processual que possuem destaque na condução do processo, através do diálogo e da participação, e não meramente na discussão da gestão adequada do processo pelo magistrado.

O processualista Humberto Theodoro (2014) aponta para uma inédita fase metodológica do direito processual civil, em que o contraditório democrático, além de fortalecer a função desempenhada pelas partes na formação do provimento jurisdicional, altera a posição jurídica do juiz que também detém o domínio dos fatos e não deve contentar-se com os fatos trazidos pelas partes.

Até a valoração jurídica incumbe a ambos os sujeitos processuais, ou seja, às partes, assim como ao juiz. Trata-se da valoração jurídica da causa exercida por meio do contraditório.

Continua o autor trazendo o modelo cooperativo sob a perspectiva do novo CPC. Eis o apontamento:

O novo CPC brasileiro espousa ostensivamente o modelo cooperativo, no qual a lógica dedutiva de resolução de conflitos é substituída pela lógica argumentativa, fazendo que o contraditório, como direito de informação/reação, ceda espaço a um direito de influência. Nele, a ideia de democracia representativa é complementada pela de democracia deliberativa no campo do processo, reforçando, assim, "o papel das partes na formação da decisão judicial" (THEODORO JÚNIOR, 2015, p.108).

Uma das faces do princípio cooperativo se encontra no momento da integração normativa. Visto que, diante da ausência de normas expressas, o juiz deve manter-se coerente com suas próprias atribuições e evitando eventual comportamento contraditório. Estaríamos diante do meio, ou seja, a imputação de uma situação jurídica passiva indispensável à obtenção da finalidade almejada - o processo cooperativo.

O saneamento do processo (art. 357, § 3º) exemplifica o modelo cooperativo. Em regra, ele é feito pelo juiz, sem necessidade da presença das partes. Entretanto, o juiz deverá convocar audiência se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, objetivando, precisamente, a cooperação com as partes. Caso julgue necessário, poderá convidá-las a integrar ou esclarecer suas alegações.

A cooperação pressupõe a observância de determinados deveres em relação às partes divididos em deveres de esclarecimento, lealdade e de proteção. São exemplos desses deveres no novo CPC:

- a) dever de esclarecimento: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 295, I, par. ún. CPC);
- b) dever de lealdade: as partes não podem litigar de má-fé (art. 17 do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. J 4, II, CPC);
- c) dever de proteção: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, arts. 879-88 1, CPC; há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 475-0, 1, e 574, CPC) (DIDIER, 2014, p.95).

Faz-se presente, diante do órgão jurisdicional, o princípio da cooperação. Tal princípio possui maior relevância no que tange ao poder-dever do magistrado, haja vista o dever de se comprometer em não surpreender as partes, conferindo-lhes a oportunidade de explicitar as questões de fato ou de direito que serão de relevância para a fundamentação da sentença, assim como de se manifestarem sobre os atos processuais.

Em conjunto com o princípio da boa-fé processual, visualiza-se, na esfera do órgão jurisdicional, o dever de lealdade. Quanto ao dever de esclarecimento e, ainda, o dever de consulta, declara Fredie Didier:

O dever de esclarecimento consiste no dever de o tribunal de se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas/apressadas. Assim, por exemplo, se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a consequência prevista em lei para esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo). Do mesmo modo, não deve o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante - convém lembrar que há hipóteses em que se confere a não-advogados a capacidade de formular pedidos, o que torna ainda mais necessária a observância desse dever (Para Lúcio Grassi, é possível retirar este dever judicial, no direito brasileiro, dos artigos 130, 131, 339. 340, I, do CPC brasileiro). O dever de esclarecimento não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer-se junto das partes, mas também o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes. É certo que esse dever decorre do dever de motivar, que é uma das garantias

processuais já consolidadas ao longo da história. O dever de motivar contém, obviamente, o dever de deixar claras as razões da decisão. Essa circunstância não impede, porém, que se veja aqui também uma concretização do princípio da cooperação, já positivada. No Direito brasileiro, decisão obscura é impugnável por meio do recurso de embargos de declaração (art. 535, I, CPC) (SOUSA; GRASSI apud DIDIER, 2014, p. 95-96).

Espera-se do juiz uma postura proativa, voltada realmente ao resultado efetivo de suas decisões. Agindo dinamicamente e sem o receio de incorrer no prejulgamento da causa, permitir-se-á a demonstração da eventual necessidade de produção probatória, a possibilidade de ser determinada a inversão do ônus probatório e a realização de esclarecimentos quanto às deficiências nas alegações.

Informa o autor, ainda, quanto ao direito assegurado às partes de serem intimadas a manifestar-se:

Fala-se ainda no dever de consulta. O dever de consulta é variante processual do dever de informar, aspecto do dever de esclarecimento, compreendido em sentido amplo. Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida ex officio, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir. Eis o dever de consulta (GRASSI; MIRANDA apud DIDIER, 2014, p. 95-96).

A justiça satisfativa depende da participação efetiva dos sujeitos da relação processual que solidificam o conteúdo decidido. Agindo assim e respeitando-se as normas processuais constitucionalmente previstas há redução da quantidade de recursos ou as chances do recorrente em lograr êxito diminui.

Dierle Nunes e Alexandre Bahia (2010) defendem a garantia de participação e influência das partes ainda no âmbito do primeiro grau de jurisdição, no primeiro debate, pois impede a formação de decisões surpresa.

Tamanha importância da adequada aplicação do contraditório repele a má formação da instrução processual e pode até reduzir o inconformismo das partes diante do pronunciamento judicial. Dessa forma, permitindo a manifestação dos sujeitos sobre determinado fundamento fático ou jurídico significa um processo mais justo e efetivo e não procrastinatório.

Concretizando-se o princípio da cooperação consequentemente o princípio do contraditório se materializa. Fundamental a fiel execução do dever de consulta, porquanto caso o juiz, ao investigar os requisitos de admissibilidade e deparar-se com a falta de algum deles, deverá primeiro ouvir as partes para, só após isso e sendo o efeito previsto, determinar a extinção do processo.

Embora possua acentuada responsabilidade ante os deveres já citados, possui o magistrado, também, o dever de prevenção. Trata-se de apontar as carências das postulações das partes a fim de que possam ser supridas.

Um exemplo que traduz o dever de prevenção, na legislação processual civil, está disposto no art. 321 do novo CPC. Tal dispositivo garante ao demandante o direito de emendar a petição inicial, no prazo de 15 (quinze) dias se o magistrado verificar que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito.

Não se permite o indeferimento da petição inicial sem que se dê a oportunidade de correção do defeito. Não cumprindo o autor a diligência que fora ordenada, a petição inicial será indeferida (art. 321, parágrafo único, do CPC).

Depreende-se, desse modo, que mediante os deveres atribuídos às partes e ao juiz, a cooperação faz-se presente entre as próprias partes, entre as partes e o juiz, assim como entre o Tribunal e as partes e vice-versa.

Sabe-se que, em detrimento das funções desempenhadas pelas partes na defesa de seus interesses, o juiz, como detentor do poder-dever de julgar com imparcialidade o litígio, atua na direção do processo. Contudo, anteriormente à sentença, deve considerar e analisar a contribuição das partes.

Com fundamento herdado da doutrina portuguesa, Leonardo Carneiro da Cunha (2012) enumera os seguintes aspectos que o ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, pode assumir:

- I – A cooperação das partes com o tribunal envolve:
 - a ampliação do dever de litigância de boa-fé;
 - o reforço do dever de comparecimento e prestação de quaisquer esclarecimentos que o juiz considere pertinentes e necessários para a perfeita inteligibilidade do conteúdo de quaisquer peças processuais apresentadas;
 - o reforço do dever de comparecimento pessoal em audiência, com a colaboração para a descoberta da verdade; e
 - o reforço do dever de colaboração com o tribunal, mesmo quando este possa envolver quebra ou sacrifício de certos deveres de sigilo ou confidencialidade (CPC português, arts. 519 e 519-A).
- II – A cooperação do tribunal com as partes comporta:
 - a consagração de um poder-dever de o juiz promover o suprimento de insuficiência ou imprecisões na exposição da matéria de fato alegada por qualquer das partes;
 - a consagração de um poder-dever de suprimir obstáculos procedimentais à prolação da decisão de mérito;
 - a consagração do poder-dever de auxiliar qualquer das partes na remoção de obstáculos que as impeçam de atuar com eficácia no processo; e,
 - a consagração, em combinação com o princípio do contraditório, da obrigatória discussão prévia com as partes da solução do pleito, evitando a prolação de 'decisões-surpresa', sem que as partes tenham oportunidade

de influenciar as decisões judiciais (CUNHA, 2012 apud THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 109)

Observa-se a presença do princípio da cooperação destinado a transformar o processo em uma "comunidade de trabalho" (*Arbeitsgemeinschaft, comunione dei lavoro*) "e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados" (DIDIER, 2014. p. 98).

Outro exemplo da aplicação do princípio cooperativo encontra-se na exigência legal que dispõe sobre a necessidade de que o pronunciamento judicial seja claro e inteligível.

Por conseguinte, a norma fundamental refletida no art. 6º do novo CPC, intitulada cooperação processual, abarca os deveres complementares do princípio do contraditório. A intenção do legislador é obter, em tempo razoável, uma decisão de mérito justa, democrática e efetiva.

Portanto, a cooperação compreende o empenho necessário dos sujeitos processuais "para evitar imperfeições processuais e comportamentos indesejáveis que possam dilatar injustificadamente a marcha do processo e comprometer a justiça e a efetividade da tutela jurisdicional" (THEODORO JÚNIOR, 2015, p.109).

Nesse sentido, a posição do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios ao reconhecer a aplicação do princípio cooperativo nas diversas matérias e em diferentes momentos processuais:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INIBITÓRIA. CONDOMÍNIO EDILÍCIO. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO. CLÁUSULA PENAL. MUDANÇA DE PORTA EM SALA COMERCIAL. DESCUMPRIMENTO DA CONVENÇÃO. PENALIDADE CABÍVEL. VIOLAÇÃO A DIREITOS DE ACESSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Não há qualquer elemento que corrobore a alegação da apelante de que o juízo de origem tenha procedido com violação ao princípio da cooperação (art. 6º do CPC/2015), buscando, em verdade, questionar a postura do julgador ao não buscar provas para firmar o seu convencimento. Analisando os argumentos trazidos, o apelante, na verdade, busca imputar ao magistrado um comportamento que lhe compete com exclusividade, que é o de provar os fatos que alega (art. 333, I, do CPC/1973 e art. 373, I, do CPC/2015). Ademais, a alegação invocada assemelha-se a um suposto cerceamento de defesa, o que também não está correto, pois houve prévia intimação das partes acerca do seu interesse de produzir provas, tendo os presentes litigantes deixado transcorrer in albis o prazo assinalado. Portanto, nenhuma ilegalidade está configurada. [...] (DISTRITO FEDERAL. TJ, 2016)

PROCESSO CIVIL. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE ASSISTIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA. NECESSIDADE. ART. 186, § 2º, DO CPC/2015. SENTENÇA CASSADA. 1. O CPC/2015 prevê, em seu art. 6º, o princípio da cooperação, em que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha,

em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.
 2. A intimação pessoal, prevista no art. 186, § 2º, do CPC/2015, visa facilitar o acesso à justiça aos mais necessitados, bem como garantir o princípio constitucional do contraditório, de modo a possibilitar que a Defensoria Pública efetue seu serviço de forma célere e eficaz. Se a Defensoria Pública requereu a intimação pessoal da parte por ela assistida e seu pedido não foi apreciado, a sentença deve ser cassada.
 3. Apelo provido. Sentença cassada. (DISTRITO FEDERAL. TJ, 2016).

Os sujeitos envolvidos na relação processual invocam o princípio da cooperação como tese de defesa diante da insatisfação da decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Contudo, não se pode ferir uma obrigação legal (ônus probatório) em face da cooperação, pois ambos serão aplicados em harmonia.

O segundo julgado do egrégio TJDFT reforça essa ideia ao reformar a sentença que não apreciou o pedido de intimação pessoal do assistido da Defensoria Pública. Ora, se assim não fizer, o magistrado estará ignorando, além da razoabilidade temporal, o direito ao contraditório das partes e o dever de cooperar na busca de uma efetiva decisão.

A jurisprudência vem reconhecendo a necessária aplicação de tal postulado, também, no processo de execução. Grande parte das decisões buscam os meios mais céleres de execução visando a tutela satisfativa do exequente, conforme se observa *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ARRENDAMENTO MERCANTIL. DETERMINAÇÃO DE CONVERSÃO DO FEITO EM EXECUÇÃO. NÃO ESGOTAMENTO DE MEIOS DE SATISFAÇÃO DO CRÉDITO. EXTINÇÃO PREMATURA DO PROCESSO. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO. PRIMAZIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO. SENTENÇA TORNADA SEM EFEITO.
 1. Um dos pilares da nova legislação processual civil é o princípio da cooperação, o qual deve ser observado por todos os sujeitos processuais. Outrossim, constitui primazia, na prestação jurisdicional brasileira, a busca pelo julgamento do mérito das demandas, evitando-se a extinção por irregularidades que podem ser facilmente supridas pelas partes, nos termos dos artigos 4º e 6º do CPC/2015.
 [...] (DISTRITO FEDERAL. TJ, 2016).

CIVIL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE BENS. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM INTIMAÇÃO DA PARTE. DEVER DE COOPERAÇÃO. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA CASSADA.
 1. Pela sistemática processual vigente, tendo em vista o princípio da cooperação, necessário que o juiz ao intimar a parte para tomar alguma providência no processo tem o dever de informar e advertir. Ou seja, necessário que o juiz previna as partes do risco de não atender adequadamente a ordem judicial, por exemplo, intime-se o autor para dar prosseguimento ao feito, sob pena de extinção.
 2. In casu, tão só para melhor compreensão do feito, destaco que a parte exequente, requereu a juntada do edital de citação da parte requerida. Em seguida, foi aberta vista ao advogado do autor. Evidencia-se, desse modo,

que não se trata de processo parado por longo prazo, de forma a se inferir o desinteresse da parte em dar prosseguimento ao processo de execução.
[...]
(DISTRITO FEDERAL. TJ, 2016).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONSULTA. SISTEMAS JUDICIÁRIOS. BACENJUD. RENAJUD. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO REFORMADA.

1. Sistemas tais como BACENJUD, RENAJUD, INFOSEG foram criados com o intuito de maior integração das informações e agilidade nas demandas. Não parece razoável decisão que nega a consulta a tais sistemas.

2. No caso em análise, decorridos dez meses da última consulta realizada, fere o princípio da cooperação e da busca pela solução mais célere da execução, a negativa de consulta nos sistemas judiciários.

3. Recurso conhecido e provido. Decisão reformada. (DISTRITO FEDERAL. TJ, 2016).

O princípio da cooperação é integrante das normas fundamentais da Parte Geral do CPC, aplicadas ao processo, então não há predominância apenas no âmbito do processo de conhecimento, pois em qualquer tipo de processo, principalmente no processo de execução, deve-se aplicá-lo. Aponta-se, por exemplo, à indicação dos bens penhoráveis e eleição dos meios executivos mais eficientes e menos gravosos.

2.4 O CONTRADITÓRIO NA FUNDAMENTAÇÃO DOS JULGADOS

Ante ao entendimento dos doutrinadores que defendem o modelo dinâmico do contraditório, ao contrário da ótica estática, alguns julgados já reconhecem tal entendimento e interpretam a norma à luz do princípio fundamental (art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal) e não dos procedimentos previstos em legislações ordinárias.

Destacam-se nesta matéria os votos proferidos pelo Ministro Gilmar Mendes no Mandado de Segurança 24.268/MG.

Merece ênfase o teor do voto nos julgados mencionados, no qual enfatiza-se a ampliação do direito à ampla defesa para assegurar o contraditório tanto nos processos judiciais como nos processos administrativos. Eis o teor do julgado *in verbis*:

“Tenho enfatizado, relativamente ao direito de defesa, que a Constituição de 1988 (art. 5º, LV), ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o

contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Como já escrevi em outra oportunidade, as dúvidas porventura existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas de plano, sendo inequívoco que essa garantia contempla, no seu direito de proteção, todos os processos judiciais ou administrativos. (BRASIL. STF, 2004)

O mesmo julgado fundamenta-se no direito constitucional alemão com a intenção de demonstrar a garantia do direito de informação e manifestação das partes, assim como em ver seus argumentos considerados:

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado “AnspruchaufrechlichesGehor (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (cf. Decisão da Corte Constitucional Alemã – BverfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink, Grundrecht – Staatsrecht II, Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (RechtaufInformation), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (RechtaufAussserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (RechtaufBerucksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (AufnahmefahigkeitundAufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Ibidem).

O Ministro Gilmar Mendes defende que as três espécies de direito (o direito de informação; o direito de manifestação; e o direito de as partes verem seus argumentos apreciados pelo órgão julgador) inserem-se no contexto que da previsão do princípio insculpido no art. 5º, inc. LV, da Constituição.

Assim, o Supremo Tribunal Federal já vem reconhecendo a aplicação do contraditório democrático, ou seja, que permite o direito de influência, expressando o ponto base da tese debatida neste trabalho acadêmico.

Os Tribunais possuem a importante função no trato das questões de direito. Através de suas decisões, o ordenamento jurídico é aperfeiçoado, permitindo considerável estabilidade assim como admite que as partes saibam o alcance e o reconhecimento do direito nos julgados.

Note-se uma jurisprudência do Supremo Tribunal Federal contrária ao que prega o contraditório democrático e efetivo e a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais:

Questão de ordem. Agravo de instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, § 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXV e LV do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O artigo 93, IX da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral. [...]. Voto. Sr. Ministro Gilmar Mendes (relator). Preliminarmente, diante do regular atendimento dos pressupostos de admissibilidade do presente agravo, a ele dou provimento e, de imediato, converto-o em recurso extraordinário (CPC, art. 544, § 3º e 4º), uma vez que existe, nos autos, todos os subsídios necessários ao perfeito exame da controvérsia. A presente questão de ordem diz respeito à aplicação do regime de repercussão geral aos recursos extraordinários nas hipóteses em que essa Corte já firmou entendimento sobre o tema em debate. A matéria trazida nestes autos se refere à alegação de negativa de prestação jurisdicional por ausência de fundamentação, em ofensa aos arts. 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da Constituição federal. Antiga é a jurisprudência desta corte segunda a qual o artigo 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. Nesse sentido há reiterados julgados do Tribunal Pleno, entre os quais o MS 26.163, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 5.9.2008; e o RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006. Cito a ementa deste último julgado, na parte que interessa: “Decisão judicial: fundamentação: alegação de omissão de análises de teses relevantes de defesa: recurso extraordinário: descabimento. Além da falha do indispensável prequestionamento (súmulas 282 e 356), não há violação dos art. 5º, LIV e LV, nem do art. 93, IX, da Constituição, que não exige o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas apresentadas pelas partes, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão; exige, apenas, que a decisão seja motivada, e a sentença e o acórdão não descumpriram esse requisito (BRASIL. STF, 2010).

Em que pese a decisão anteriormente citada em que se reconheceu o direito dos sujeitos da relação processual à influência na construção da decisão e à participação efetiva no processo, nessa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal percebe-se clara contradição ao que a Constituição Federal prevê como garantia fundamental e reforçada pelo legislador ordinário no novo CPC.

A participação efetiva e o diálogo contínuo são abandonados diante desse discurso jurisprudencial do STF que afasta a necessidade das alegações e provas das partes serem apreciadas.

Aqui não se confere a garantia, juntamente com o juiz, da construção do provimento jurisdicional que afetará diretamente o universo de direitos e deveres das partes.

Em manifesta contradição ao enunciado do contraditório moderno, como fundamental à democracia, a decisão do Supremo afasta o direito fundamental “de

participação em processos de formação da opinião e da vontade, agregando, ao mesmo tempo, o exercício da autonomia pública e privada em seu dimensionamento” (NUNES, 2011, p. 237-238).

O magistrado não se vê como o único possuidor do poder decisório, mas permite que o jurisdicionado “assuma a função de autor-destinatário dos provimentos (jurisdicionais, legislativos e administrativos), cujos efeitos sofrerá” (Ibidem). Continua o autor apontando que:

[...] a decisão não pode mais ser vista como expressão da vontade do decisor e sua fundamentação ser vislumbrada como mecanismo formal de legitimação de um entendimento que este possuía antes mesmo da discussão endoprocessual, mas deve buscar legitimidade na tomada de consideração dos aspectos relevantes e racionais suscitados por todos os participantes, informando razões (na fundamentação) que sejam convincentes para todos os interessados no espaço público, e aplicar a normatividade existente sem inovações solitárias e voluntarísticas (Ibid.).

Portanto, considerando que as decisões do Supremo Tribunal Federal refletem não só no âmbito da própria corte superior, mas no ordenamento jurídico como um todo, importante uma severa mudança no que tange a aplicação do princípio do contraditório para que se compatibilize ao sistema processual atual e garanta um direito constitucional fundamental. É a postura que se espera do órgão encarregado da função eminente de guarda da Constituição Federal (art. 102, CF/88).

Como objeto de análise no capítulo anterior, busca-se um processo justo, sob a égide do Estado Democrático de Direito que, por conseguinte, necessita de um contraditório efetivamente participativo e com a presença dos sujeitos processuais na formação da decisão.

A democracia na via jurisdicional somente será alcançada quando houver participação e, ainda, sua avaliação na fundamentação do provimento jurisdicional.

Diante de tal descompasso os Tribunais devem atualizar sua jurisprudência a fim de que esteja harmônica ao comando constitucional e a legislação infraconstitucional – Lei 13.105/15.

Nesse diapasão, afasta-se a ideia de que o contraditório seria exercido apenas após a prolação da decisão judicial. Não se trata de aguardar a decisão com sua fundamentação obrigatória para, somente então, atacá-la e exercer o contraditório.

A nova legislação processual determina o enfrentamento, pelo magistrado, dos argumentos de fato ou de direito trazidos e debatidos pelas partes. Ou seja, no momento de decidir e fundamentar, o contraditório será concretizado sem limite de atuação das partes.

3 CONSIDERAÇÕES PROCESSUAIS

Ponderando a ideia defendida até aqui, para que os sujeitos processuais influenciem na decisão judicial e efetivamente a construam, faz-se necessária a prévia intimação e manifestação desses sujeitos. A interferência restará evidenciada com argumentos e ideias, assim como alegação de fatos, ou seja, qualquer que seja o meio para garantir o contraditório efetivo, tal qual traduza o verdadeiro poder de influência.

3.1 MANIFESTAÇÃO DO CONTRADITÓRIO NOS INSTITUTOS PROCESSUAIS

Nesse diapasão, considerando que o magistrado, ao decidir, analisa a questão de fato submetida a apreciação e, logo em seguida, a questão de direito, segue o exame do contraditório quanto a questão fática.

O art. 371 do Novo CPC prescreve que “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. O art. 493 do CPC determina que:

“Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.”

O magistrado pode conhecer de fatos que não tenham sido alegados, assim como trazer e aportar outros fatos ao processo, contudo o parágrafo único do referido artigo determina a oitiva prévia das partes diante de fato novo constatado pelo juiz de ofício.

O contraditório estaria claramente ferido diante de uma situação hipotética em que as partes argumentam e o juiz, no momento de decidir, baseia-se num fato que não foi alegado ou discutido por elas, porém restou provado nos autos (DIDIER, 2014, p. 59).

Tal decisão carece do poder de influência, haja vista que as partes não puderam informar se o fato aconteceu, como aconteceu e se foi da forma

interpretada pelo juiz. Não poderia ter decidido sem submeter o fato ao prévio debate entre as partes (Ibidem).

Quanto às questões de direito, o juiz pode verificar que determinada lei que fundamenta o argumento trazido pelo autor é inconstitucional.

Todavia, antes de julgar pela improcedência, há de submeter essa nova abordagem à discussão das partes, desde que ainda não tenha sido aventada nos autos.

Destarte, obrigatoriamente intimar-se-ão as partes ("intimem-se as partes para que se manifestem sobre a constitucionalidade da lei"), porquanto não pode haver dúvida sobre o tema e as partes não serão surpreendidas com o fundamento da decisão.

E caso tenhamos uma decisão do Tribunal de Justiça pautada em questões jurídicas não debatidas pelas partes e sem prévia manifestação, somente restarão os recursos extraordinários. (DIDIER, 2014, p. 60).

No que tange à alegação de incompetência, observa-se mais uma característica do contraditório efetivo e o processo justo, que repele as decisões-surpresa, no momento em que o juiz deve, necessariamente, ouvir a parte contrária antes de decidir acerca da incompetência, seja ela absoluta ou relativa (art. 64, § 2º).

O novo Código de Processo Civil não revogou os dispositivos da Lei 1.060/1950 referentes ao indeferimento e revogação da assistência judiciária gratuita. Faltando os requisitos legais para o deferimento da assistência, o magistrado deverá determinar que a parte comprove sua necessidade (art. 99, § 2º do NCPC). Ou seja, o princípio do contraditório deve ser aplicado previamente ao indeferimento do pleito.

Restando dúvida no que tange ao cabimento do benefício, o incidente será suscitado e o juiz dará oportunidade à parte para esclarecer sua real situação econômica.

O art. 8º da Lei 1.060/50 somente autoriza a revogação dos benefícios da assistência judiciária, de ofício ou a requerimento da parte contrária, depois de ouvida a parte interessada dentro de quarenta e oito horas improrrogáveis.

Sobre a cumulação subjetiva ou litisconsórcio, Humberto Theodoro (2015) diferencia, quanto à obrigatoriedade, o litisconsórcio necessário e o facultativo.

Como o objeto de estudo é o princípio do contraditório, então será dado enfoque ao litisconsórcio necessário. Significa dizer que estaremos diante do caso

em que a sentença obrigatoriamente deva incidir sobre a esfera jurídica de várias pessoas.

Calcado no mesmo entendimento do Código Civil de 1973, o Código de Processo Civil atual, além de determinar a citação de todos os litisconsórcios necessários para atribuir validade e eficácia à sentença, também prevê dois efeitos, a depender da ausência de alguma parte que deva figurar no litisconsórcio necessário e no unitário.

Eis a disposição legal sobre o tema (art. 115, NCPC) e as considerações de Humberto Theodoro:

- (a) será nula a sentença de mérito, que haveria de ser uniforme para todos os participantes da relação jurídica controvertida, quando proferida sem que tenham integrado o contraditório “todos os que deveriam ter integrado o processo” (inciso I), isto é, todos os litisconsortes necessários; e
- (b) quando o caso for de litisconsórcio não obrigatório, a sentença somente atingirá os participantes do processo, sendo ineficaz para os coobrigados que não foram citados (inciso II). É o que se passa, por exemplo, entre fiador e afiançado, quando um só deles integrou o processo (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 363).

Não restam dúvidas que o processo será totalmente nulo quando for o caso de sentença de mérito igual para todos os litisconsortes e qualquer deles não tiver integrado o processo e, portanto, exercido o contraditório.

Outro instituto que ganhou uma nova “roupagem” no CPC/2015 é a desconconsideração da personalidade jurídica. Recebe, portanto, reconhecimento no âmbito processual (art. 133, § 1º) como tema incidente, no capítulo destinado à intervenção de terceiros, privilegiando a garantia do contraditório e da ampla defesa, haja vista que o Código de Defesa do Consumidor (art. 28) e o Código Civil (art. 50) já dispõem sobre a matéria.

A Escola Superior de Advocacia da OAB/RS definiu, em sua obra “Novo CPC anotado” (OAB/RS, p.144), o instituto da desconconsideração da personalidade jurídica no qual a lei autoriza atribuir ao “patrimônio particular dos sócios, obrigações assumidas pela sociedade, quando – e se – a pessoa jurídica houver sido utilizada abusivamente (desvio de finalidade, confusão patrimonial, liquidação irregular etc.).

O mesmo vale para a denominada desconconsideração inversa, em que se imputa ao patrimônio da sociedade o cumprimento de obrigações pessoais do sócio.

O papel, antes desempenhado pela jurisprudência, em regular a matéria no âmbito processual, apontava para o incidente nos próprios autos da execução e

não necessariamente em apreciação de ação própria. E para que a expropriação atingisse os bens particulares dos sócios da pessoa jurídica, a parte credora deveria preencher os requisitos legais, evitando, assim, a concretização de fraude à lei ou contra terceiros (OAB/RS, p.144).

Desse modo, destaca-se que o contraditório e a ampla defesa eram exercidos somente após o deferimento da medida, ou seja, restava somente a interposição de recursos no momento em que os sócios de fato figuravam como parte. Humberto Theodoro analisa a aplicação do contraditório unicamente após a desconsideração da personalidade jurídica:

O contraditório e a ampla defesa, destarte, eram realizados a posteriori, mas de maneira insatisfatória, já que, em grau de recurso, obviamente, não há como exercer plenamente a defesa assegurada pelo devido processo legal. Suprindo a lacuna processual, o novo Código cuidou da matéria nos arts. 133 a 137, traçando o procedimento a ser adotado na sua aplicação, de maneira a submetê-lo, adequadamente, à garantia do contraditório e ampla defesa (THEODORO JÚNIOR, 2015, p.406).

Desse modo, com o advento do Novo CPC, prevê-se expressamente (art. 135) a citação do sócio ou da pessoa jurídica para apresentar defesa e requerer as provas cabíveis no prazo de quinze dias.

A intenção do legislador é, de fato, garantir que se cumpra o princípio constitucional do contraditório.

O juiz apreciará o incidente logo após a defesa ou depois de realizada a instrução, se necessária, por meio de decisão interlocutória, contra a qual caberá agravo de instrumento (arts. 136, caput, e 1.015, IV). Se o incidente for resolvido em sede recursal, pelo relator, a decisão será atacável por meio de agravo interno (art. 136, § 1º).

Humberto Theodoro (2015, p. 410) aponta a crítica existente em torno de supostos desvios patrimoniais em fraude dos direitos dos credores que o incidente prévio da desconsideração da personalidade jurídica, como previsto no novo CPC, traria. Segundo o autor:

A crítica, todavia, não procede, porquanto, além da presunção de fraude do art. 137, o exequente contará sempre com a tutela de urgência para debelar o intento fraudulento. Com efeito, demonstrado o risco concreto de desvio de bens, seguido da temida insolvência dos codevedores, o exequente terá, ainda, a seu alcance a proteção cautelar genérica, que, no caso de execução, pode ser pleiteada cumulativamente na própria petição inicial, desde que se aponte, objetivamente, o motivo que justifique seu pedido (art. 799, VIII).¹⁹³ Se, portanto, o exequente pode acautelar-se contra a fraude, antes mesmo da citação do executado atingido pela desconsideração, nada há que autorize o afastamento do

incidente dos rigores da garantia do contraditório e ampla defesa, tal como regulado pelo NCPC (THEODORO JÚNIOR, 2015, p.410).

Não procede, por isso, o temor de que o procedimento da desconsideração da personalidade abre ensejo a desvios patrimoniais em fraude dos direitos dos credores.

Ainda que não represente a maioria de sua jurisprudência, o TJDFT já vinha reconhecendo, antes da entrada em vigor da nova legislação processual civil a necessidade do contraditório prévio como garantia dos sócios a fim de proceder a desconsideração da personalidade jurídica. Eis o julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA - INTIMAÇÃO DOS SÓCIOS -
NECESSIDADE - DECISÃO MANTIDA.
1) - A fim de que se respeite o contraditório e a ampla defesa, devem os
sócios da empresa que sofreu a desconsideração da sua personalidade
jurídica ser intimados deste ato.
2) - O receio do agravante de que os executados pratiquem atos para
frustrar a execução quando intimados da desconsideração da
personalidade jurídica também não é motivo para a reforma da decisão,
já que pode o agravante, através de meios acautelatórios previsto na
legislação processual vigente, garantir meios que a execução seja
satisfeita.
3) - Recurso conhecido e não provido.
(DISTRITO FEDERAL. TJ, 2014).

Nesse diapasão, inadmissível a aplicação de sanção sem a garantia constitucional do contraditório, ou seja, deve ser garantida, previamente, a participação dos sócios ou outra sociedade empresária na atividade cognitiva do magistrado.

3.2 AS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Não há um consenso na doutrina quanto ao conceito de ordem pública, contudo diz-se que tal instituto reveste-se de valores, “geralmente associados com aspectos sociais, econômicos, morais e religiosos que se traduz num verdadeiro princípio norteador do ordenamento jurídico”, dada a sua importância para a sociedade (SIVIERO, 2014, p. 29).

Trata-se de determinadas matérias que transcendem o interesse dos sujeitos litigantes, pois carregam em si um conteúdo que chama atenção da sociedade ou do interesse público, a depender do caso real sob análise.

Em virtude da autonomia e da vontade das partes ao celebrarem os negócios jurídicos, no âmbito civil, a ordem pública surge com a intenção de impor limites e condicionamentos a algumas relações jurídicas.

Em seu estudo publicado, Karime Silva Siviero (2014, p.41) constatou a presença da ordem pública no “conjunto de normas voltadas ao controle tempestivo da admissibilidade e regularidade do processo, com o objetivo de privilegiar as soluções de mérito do litígio”.

A prática forense já adotou o posicionamento de que as questões de ordem pública são conhecíveis de ofício, por conseguinte prescindem da manifestação das partes e o direito de influência.

Entretanto, inadmissível que, na esteira do processo colaborativo, o juiz impeça o efetivo contraditório e permita que as partes tenham mera ciência das decisões proferidas e possibilidade de irrisignação, quando inconformadas. O princípio do contraditório impõe extrema relevância na condução processual.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (1993 apud SIVIERO, 2014, p. 37) já constatava tal equívoco no que tange a extensão do princípio do contraditório, exatamente em matéria de ordem pública. Afirma o autor:

Mesmo a matéria que o Juiz deva conhecer de ofício impõe-se pronunciada apenas com a prévia manifestação das partes, pena de infringência da garantia. Por sinal, é bem possível recolha o órgão judicial, dessa audiência, elementos que o convençam da desnecessidade, inadequação ou improcedência da decisão que iria tomar. Ainda aqui o diálogo pode ser proveitoso, porque o Juiz ou o Tribunal, mesmo por hipótese imparcial, muita vez não se apercebe ou não dispõe de informações ou elementos capazes de serem fornecidos apenas pelos participantes do contraditório.

O magistrado, expressando sua posição jurídica sobre o processo, deve possibilitar que as partes argumentem a propósito da causa que pode resultar em julgamento sem resolução de mérito, caso não tenham ainda se manifestado de forma escrita sobre o tema. Visando o tratamento paritário da dialética processual, tal pronunciamento deve ser prévio à decisão do órgão jurisdicional.

Ou seja, mesmo nos casos em que a manifestação das partes seria dispensada e fosse atribuída atenção somente ao magistrado para arguir questões

relativas à matéria de ordem pública nos autos, não há fundamento para afastar a manifestação prévia dos sujeitos sobre a tutela jurisdicional.

Enraizado na ideia de cooperação e colaboração, tão defendido no presente trabalho, a plenitude do contraditório diante das questões de ordem pública ainda é pouco difundida pelos operadores do direito e magistrados.

Parte-se do pressuposto que dada a importância das questões de ordem pública, há extinção imediata do processo, ainda que sem prévia consulta aos diretamente interessados no deslinde das questões ali versadas.

Calcado em preceitos históricos, transcreve-se o posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco (2000 apud SIVIERO, 2014, p.38):

(...) Nem decai o juiz de sua dignidade quando, sentindo a existência de motivos para emitir de ofício uma decisão particularmente gravosa, antes chama as partes à manifestação sobre esse ponto. O juiz mudo tem também algo de Pilatos e, por temor ou vaidade, afasta-se do compromisso de fazer justiça.

Esta última alternativa é também oriunda do art. 16 do nouveau code de procédure civile francês, segundo o qual o juiz 'não pode fundamentar sua decisão sobre pontos de direito que ele próprio haja suscitado de ofício, sem ter previamente chamado as partes a apresentar suas alegações'. A riqueza dessa sábia disposição tem levado a doutrina a erigi-la também em mandamento universal, inerente à garantia constitucional do contraditório e ao correto exercício da jurisdição.

Tecendo considerações semelhantes, o doutrinador Junior Alexandre Moreira Pinto (2007 apud SIVIERO, 2014, p.38) aponta a diferença que existe no regime jurídico das questões de ordem pública entre o campo do direito processual e do direito material, decidindo pela procedência ou improcedência tendo como base a ausência de argumentos na petição inicial ou motivos não arguidos pelo réu como causa *excipiendi*.

Para que se aplique o mesmo regime do direito material, necessário, portanto, o prévio debate entre os litigantes, ainda que o magistrado tenha levantado a questão.

Na exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) o legislador quis ampliar o exercício do contraditório no âmbito de todas as questões decididas no processo, mesmo as que sejam cognoscíveis de ofício, conforme a leitura a seguir transcrita:

Esta Exposição de Motivos obedece à ordem dos objetivos acima listados. 1) A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República⁹ fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas,

dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que preveem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”.

Está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório.

Revela-se, destarte, a preocupação em preservar a aplicação do princípio do contraditório, de modo que compreenda também as questões de ordem pública.

Dessa forma, o legislador processual brasileiro consagrou, nos artigos 9º e 10º, inseridos no Capítulo intitulado "Dos Princípios e das Garantias Fundamentais do Processo Civil", o entendimento consolidado na doutrina e já despontado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos REsp 153828/SP e REsp 1196342/PE (no que tange a ocorrência de violação ao princípio do contraditório quando uma providência jurisdicional determinada de ofício surpreende as partes no curso do processo).

Mesmo considerando a natureza da matéria, assim como os poderes oficiosos conferidos ao magistrado, o novo CPC sana qualquer dúvida atinente a obrigatoria observância do contraditório pleno e efetivo.

Portanto, dada a previsão expressa no novo código processual, o legislador atuou no intuito de “consolidar a participação das partes e no constante diálogo com o juiz, ante a possibilidade de este decidir unilateralmente, independentemente de requerimento”. Afirma-se que, nos casos de atuação *ex officio*, a manifestação unilateral do magistrado está fundada também no princípio do impulso oficial, segundo o qual deve o magistrado promover o andamento do processo com vistas à solução do litígio, independentemente de atos das partes (OLIVEIRA NETO; MEDEIROS NETO; OLIVEIRA, 2015. p. 87).

Impedindo as chamadas “decisões-surpresa” claramente combatidas pela doutrina, configuradas no momento em que a decisão prolatada não se fundamenta nos argumentos debatidos pelas partes, condena-se mais ainda a decisão tomada de ofício que extingue o processo sem julgamento do mérito e afasta o direito da parte de se manifestar assim como de influenciar o magistrado para que se posicione de outra forma.

Limitando-se à atuação *ex officio* do magistrado, o princípio constitucional em questão não permite que o processo seja “palco de armadilhas”. Há argumentos que buscam justificar as decisões que proclamam matéria reconhecível de ofício,

nas quais não é dada a abertura de oportunidade às partes para exercerem o seu direito de influência (APRIGLIANO, 2011, p. 72).

As partes, ao adentrarem no sistema, sabem das etapas do processo, assim como ficam cientes das diversas variações procedimentais que podem ocorrer, respondendo, portanto, pelos “riscos teóricos”. No mesmo sentido a matéria de ordem pública ganharia tanta importância que permitiria ao magistrado decidir de ofício sem a análise dos argumentos das partes (ibidem, p. 72-73).

Para quem defende essa prática, a intimação prévia das partes para falar sobre as questões de ordem pública, representaria um forte indicativo de prejulgamento da demanda, visto que o juiz já expressaria em tal ou qual sentido julgaria.

Entretanto, ainda considerando o entendimento do autor, tais afirmações não merecem prosperar, haja vista que o juiz incorre em indiferença quanto à finalidade do processo e às expectativas que as partes possuem na solução do litígio por parte de um órgão jurisdicional. Estaríamos diante, inclusive, da diminuição “da fé do cidadão na administração da justiça” (ibidem, p. 73-74).

Ainda contrário ao raciocínio exposto, temos que a oitiva prévia das partes serviria ao propósito de permitir que o órgão julgador se informe ou constitua elementos que somente seriam viáveis diante da colaboração dos envolvidos. O magistrado pode, então, revisar a suposta decisão terminativa, convencendo-se de seu acerto ou, se for o caso, de seu desacerto ou inadequação.

Ademais, busca-se a resolução adequada dos litígios primando pela decisão de mérito e não os julgamentos terminativos que findam os processos unicamente para atender às metas do Conselho Nacional de Justiça. Não obstante, os litigantes são os maiores prejudicados, porquanto a ninguém aproveita uma decisão terminativa.

Destarte, a nova legislação processual avançou para buscar um processo mais justo e efetivo. No momento em que as partes se manifestarem previamente, estarão expressando a vontade na continuidade do processo e o resultado esperado, qual seja, a decisão de mérito.

4 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COMO PRINCÍPIO DE INFLUÊNCIA

Como amplamente analisado ao longo do presente trabalho acadêmico, com o advento no novo Código de Processo Civil, os sujeitos integrantes da relação jurídico-processual deixam de exercer meros papéis como “atores coadjuvantes” e trabalham efetiva e conjuntamente na construção da prestação jurisdicional.

4.1 EXPECTATIVAS QUANTO À INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO DO CONTRADITÓRIO (ARTIGO 10 DA LEI 13.105/15)

O Código de Processo Civil de 1973, que vigorou por 43 anos, garantiu a aplicação do contraditório no âmbito de algumas vertentes, como o direito à informação e o direito à manifestação, contudo, e em muitos casos, ainda foi desconsiderado na prática forense brasileira.

A doutrina majoritária fortemente exige o reconhecimento do princípio do contraditório nos mais diversos institutos e o novo Código de Processo Civil. Entretanto, para que a lei apresente eficácia no mundo jurídico e possa ser cumprida *ipsis litteris*, exige-se uma mudança cultural por parte dos magistrados na prática forense, no qual refletirá na formação da jurisprudência pátria.

Sabe-se que o comando constitucional, assim como a nova norma processual, reconhece não somente o direito das partes em tomarem conhecimento das decisões e de se manifestarem, mas invoca o direito de influência como vertente do contraditório.

O posicionamento doutrinário, aqui largamente citado, no que tange a correta aplicabilidade e interpretação do princípio do contraditório deve se sobrepor a tendência arcaica e inquisitiva dos julgadores que insistem em formar as suas convicções baseadas exclusivamente no seu convencimento, restringindo a participação das partes sobre eventual fundamental fático, jurídico ou principiológico.

Tal resistência ainda observada nos tribunais brasileiros são reveladas quando as partes se deparam diante de “decisões surpresas” prolatadas.

Assim como Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 117) distinguiu no princípio do devido processo legal a espécie material e a formal, o doutrinador

Fredie Didier Jr. (2016) reconhece a vertente material do princípio constitucional do contraditório ao permitir que as partes se manifestem previamente, até sobre as questões cognoscíveis de ofício pelo juiz.

Assim, não obstante alguns magistrados e doutrinadores que discordam da aplicação de tal vertente e argumentam que essa prévia manifestação das partes representaria uma desnecessária demora na prestação jurisdicional, o referido doutrinador defende que essa possível demora não justificaria o afastamento do dispositivo, e que o magistrado, ao determinar que as partes se manifestem antes de decidir sobre determinada questão não suscitada, poderia até mesmo rever seu posicionamento.

Como exemplo, caso o magistrado verifique que a lei invocada por uma das partes, garantidora do seu direito, é inconstitucional e não possibilite que os interessados se manifestem no sentido de apresentar suas ponderações, impossível que este magistrado possa rever essa impressão (ou seja, que não haveria inconstitucionalidade) (DIDIER, 2016).

Em contrapartida, no caso de nenhuma das partes ter suscitado a inconstitucionalidade da lei, no momento em que o juiz submete seu ponto de vista à discussão, repele a denominada “decisão-surpresa” e não fere o princípio do contraditório.

4.1.1 O POSICIONAMENTO DIVULGADO PELA ENFAM SOBRE A APLICAÇÃO DO ARTIGO 10 DO NOVO CPC

No que tange a extensão e interpretação que se atribuirá ao princípio do contraditório sob a ótica do novo Código de Processo Civil, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) apresenta importante papel na medida em que promove o debate na esfera jurídica e orienta os magistrados sobre a aplicação dos institutos processuais presentes na atual ordem processual.

Como o magistrado representa um dos sujeitos processuais, na condição de Estado-juiz, que deve zelar pela correta condução do processo de modo a promover a cooperação e efetiva participação das partes, a formação dos enunciados da ENFAM guiará sua atuação.

As decisões judiciais prolatadas a partir da vigência do novo CPC, se interpretadas no sentido da corrente doutrinária majoritária, objeto de estudo e aqui exposta, permitirá uma interpretação respaldada no comando constitucional e na real intenção do legislador, acerta dos dispositivos previstos na Lei 13.105/2015.

Segundo noticiado no sítio da ENFAM no dia 01/09/2015, foi divulgado a íntegra dos 62 enunciados – aprovados durante o seminário “O Poder Judiciário e o novo CPC” –, “que servirão para orientar a magistratura nacional na aplicação do novo Código de Processo Civil” (ENFAM, 2015).

Alguns dispositivos da ENFAM guardam uma relação direta do princípio do contraditório como direito de influência, conforme observado nos enunciados de número 1, 2, 3, 4, 5, 6, 10, 13, e 42.

Analisando-se os enunciados divulgados pela ENFAM podemos perceber que, não obstante o posicionamento doutrinário quanto a efetivação do contraditório sob a ótica do processo dialético e cooperativo, a magistratura tende a diferenciar casos em que não seria possível a aplicação do artigo 10 do novo CPC.

Examinando brevemente os enunciados, percebe-se uma atenção dispensada ao debate do contraditório e a sua interpretação diante do Código de Processo Civil de 2015.

Em que pese alguns dos enunciados não aludirem especificamente ao direito de influência do artigo 10 do NCPC, as próximas páginas do estudo remeterão ao contraditório na interpretação de dispositivos, nos quais se evidenciam uma expectativa do entendimento que poderá ser adotado pelos juízes sobre a atual legislação.

Inicialmente, o primeiro enunciado, já tratando do art. 10 do CPC/2015, delimita o conceito de “fundamento”. Segundo o seu comando: “Entende-se por “fundamento” referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes. ” (ENFAM, 2015). Observa-se que o “fundamento” guarda relação com o substrato fático e afasta o enquadramento jurídico pleiteado pelas partes.

Resta clara a discrepância com o que a doutrina prega, haja vista que o fundamento da decisão judicial deve considerar todo o contexto fático assim como o contexto jurídico em questão.

O enunciado n.º 2 dispõe que:

“Não ofende a regra do contraditório do art. 10 do CPC/2015, o pronunciamento jurisdicional que invoca princípio, quando a regra jurídica aplicada já debatida no curso do processo é emanção daquele princípio.”

Tal dispositivo conduz a não aplicação do contraditório como cooperação e participação efetiva entre as partes, visto que informa que o contraditório que garante o direito de influência (art. 10 do CPC/2015) não é ferido quando a decisão judicial invoca tão somente princípio advindo de regra jurídica já debatida ao longo do processo.

Com a intenção de impedir um suposto debate infrutífero, em que os sujeitos do processo discutiriam sobre dispositivo legal e até a origem da norma aplicada ao caso, percebe-se certa afronta ao contraditório efetivo, porém que pode levar o juiz a interpretar o enunciado analisando a real habilidade de influência que o princípio “chave” do provimento jurisdicional exercerá.

Determina o terceiro enunciado: “É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa”. Verifica-se, portanto, a presença de características adotadas pelos juízes na vigência do Código de Processo Civil de 1973 quando apreciava as provas da lide de acordo com o seu livre convencimento.

Ao estabelecer a desnecessidade de ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa, o enunciado afasta a possibilidade de um processo justo e dialético. Não há devido processo legal material (GONÇALVES, 2016) e nem cooperação entre as partes.

Repele-se o direito das partes em influenciar e construir a decisão judicial final. Sobretudo a intenção do legislador infraconstitucional que cuidadosamente possibilitou às partes (autor e réu) o exercício do contraditório objetivamente revelado no fundamento da decisão do magistrado.

Portanto, permite-se a prévia manifestação das partes, capaz de influenciar na decisão da causa.

E, nesse diapasão, somente depois de discutidas as questões levantadas é que o magistrado poderá expressar seu convencimento e saberá se a manifestação das partes foram relevantes.

No que tange ao enunciado n.º 4, dispõe seu texto: “Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015”.

Trata-se de matéria de ordem pública em que o magistrado pode reconhecer de ofício. Entretanto, ainda nesses casos faz-se necessária a promoção ao debate das partes atendendo ao contraditório insculpido no próprio artigo em comento. Mediante a simples leitura podemos perceber.

Posto isso, carece de razão e não merece prosperar a tese que defende a inaplicabilidade do contraditório na parte final do dispositivo, nos termos do que dispõe o enunciado.

Quanto ao próximo enunciado, de número 5, o único apontamento que merece consideração diz respeito a papel do juiz, no âmbito do processo cooperativo, de esclarecer eventuais questões fáticas obscuras, resguardando qualquer possibilidade de incorrer em um pré-julgamento da causa.

Dispõe tal enunciado: “Não viola o art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório.”.

O enunciado n.º 6 diz não constituir “julgamento surpresa aquele lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório”.

Atribui-se semelhança com o primeiro enunciado, em que os embasamentos jurídicos não seriam abrangidos no âmbito do direito de influência do art. 10, haja vista o termo “fundamento” significar o substrato fático que orienta o pedido.

Ressalta-se que mesmo nos casos em que as provas forem submetidas ao contraditório, o magistrado tem o dever de fundamentar nos termos apregoados pelo princípio do contraditório nas relações entre os sujeitos processuais.

Dispõe o enunciado de número 10: “A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa.” Sob a ótica do regramento processual civil atual, resta-nos questionar: “Podemos cumprir com o que dispõe o artigo 489 do CPC/2015 mediante uma fundamentação sucinta?”.

Ora, se o magistrado se insere no conceito de cooperação processual, exercendo o contraditório pleno, a ENFAM quedou-se ao posicionamento do desnecessário enfrentamento de questões que não influenciem no decisório final, corroborando com o entendimento do enunciado de número 3.

Já o enunciado 42 traduz o princípio *pas de nullité sans grief*, em que não há nulidade sem prejuízo causado pela ausência de análise de argumento deduzido pela parte.

Resta evidente a afronta ao texto normativo, porquanto não há comando legal que determine a ausência de manifestação do magistrado diante de argumento deduzido pela parte em momento processual adequado. Ao aplicar o entendimento adotado no enunciado 42, ignora-se o dever do contraditório por parte, também, do magistrado.

Outros enunciados afastam a obrigatória observância dos artigos 9º e 10 do NCPC, como o enunciado número 55, no qual estabelece que as hipóteses de rejeição liminar referidas nos arts. 525, § 5º, 535, § 2º, e 917 do CPC/2015 (excesso de execução) não se aplicam os arts. 9º e 10 desse código.

E, partilhando do mesmo raciocínio, nos casos de improcedência liminar do pedido (art. 332 do novo CPC) o princípio do contraditório não será aplicado.

Infere-se que a ENFAM vem adotando uma postura contrária a dialética no sentido mais amplo, na ideia de cooperação, pois mitiga a necessária manifestação do juiz a respeito das questões deduzidas pela parte, considerando o contexto fático e jurídico.

Ainda que os enunciados divulgados não possuam efeito vinculante no âmbito do Poder Judiciário, consubstanciam-se na extensão do direito de influência nos diversos institutos jurídicos e na construção da jurisprudência. Pode até orientar o sistema de precedentes a serem construídos e o entendimento predominante nos Tribunais Superiores do país.

4.1.2 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO A NÃO SURPRESA NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Quando o assunto é a orientação dos julgados nos diversos órgãos jurisdicionais brasileiros, assim como nos Tribunais Superiores, imperioso reconhecer que os julgadores vêm aplicando o princípio constitucional do contraditório na medida em que provoca o debate entre as partes, assim como a manifestação prévia, na qual será consubstanciada no direito de influência, até então amplamente discutido por este estudo acadêmico.

Ao positivar no Novo Código de Processo Civil as vertentes imprescindíveis ao alcance de um processo justo, dialético e cooperativista, o legislador ordinário deseja que a jurisprudência brasileira avance no sentido de consolidar essa nova perspectiva moderna e destacar tamanha relevância desse princípio na construção do provimento jurisdicional.

Mesmo antes da vigência do novo CPC, mas sob a ótica trazida pela Constituição Federal de 1988, os Tribunais têm impedido a formação de “decisões-surpresa” no âmbito cível, assim como na esfera trabalhista, conforme se destaca através do julgado:

SENTENÇA - NULIDADE - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA E CERCEAMENTO DE DEFESA - A alteração da sistemática de distribuição do ônus da prova, na sentença, viola a garantia da não surpresa, que decorre do princípio do contraditório (artigo 5º, LV, da CR/88). Ademais, o impedimento de produção de prova pericial, necessária ao deslinde da controvérsia, pela parte a quem o ônus da prova foi imputado na sentença, implica cerceio do direito de defesa e, por isso, torna nulo o julgado proferido em primeiro grau (Minas Gerais. TRT-3, 2013).

No mesmo sentido tem se posicionado o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA CUMULADA COM EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - INDÍCIOS DE EXISTÊNCIA DA CONTA - PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA E COLABORAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA CUMULADA COM EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - INDÍCIOS DE EXISTÊNCIA DA CONTA -- PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA E COLABORAÇÃO. Incumbe à parte autora a demonstração do indício de prova da existência de relação jurídica entre as partes, todavia, a parte deve ser intimada a comprovar a titularidade das contas, para que não ocorra ofensa ao princípio do contraditório e ampla defesa. Em todo e qualquer caso deve-se observar o princípio da não surpresa, já previsto no anteprojeto do novo CPC, segundo o qual o magistrado deve sempre dar ciência às partes de sua intenção, de modo a garantir a higidez do contraditório (Minas Gerais. TJ, 2013).

Restou demonstrado que os órgãos jurisdicionais supracitados não só conhecem o conteúdo, mas também aplicam, sob o aspecto material, o princípio do contraditório, garantindo aos sujeitos processuais a garantia da não surpresa, seja se tratando de alteração do ônus probatório ou em todo e qualquer caso em que não

é garantido o exercício do contraditório prévio à decisão judicial, haja vista sua capacidade de influir em prejulgamentos por parte do magistrado.

Outra matéria sujeita a nulidade refere-se ao julgamento antecipado da lide (em ação de improbidade administrativa) ainda que pendente a análise ou produção de provas na fase de instrução, considerando-se o cerceamento de defesa.

Nos termos do que dispõe o artigo 17 da Lei 8.429/92 o rito da ação de improbidade administrativa será ordinário, portanto cabível o julgamento antecipado da lide conforme o art. 355 do NCPC, sem ferir os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Entretanto, cabe a análise de cada caso e o direito garantido às partes de influenciar no resultado da demanda por meio de uma atuação positiva no processo.

Quando os réus tiverem requerido produção de provas em face de fato impeditivo, modificativo ou extintivo das alegações do autor, e da própria indisponibilidade de direitos e interesses que emanam da ação de improbidade, a jurisprudência adequadamente inadmite o julgamento antecipado da lide na ação de improbidade (Paraná. Tribunal de Justiça, 2011).

Um recente julgado do Tribunal de Justiça do Maranhão corrobora com o entendimento acima citado, nos termos *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ELEMENTO SUBJETIVO. MATÉRIA DE FATO. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. SEM ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA. NULIDADE DA SENTENÇA RECONHECIDA. PREJUÍZO EVIDENTE. PROVIMENTO.

[...]

2. A averiguação acerca de dolo ou má-fé do agente é matéria de fato, pelo que o julgamento antecipado da lide configura, no caso, error in procedendo, por violar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

3. O magistrado ao surpreender as partes com a prolação da sentença, com provas pendentes a produzir e sem encerrar formalmente a instrução processual com a oitiva das partes para alegações finais, acarreta em cerceamento do direito de defesa. Prejuízo evidente à parte. 4. Se o juiz entende ser desnecessária uma prova ou a continuidade da instrução, deveria se pronunciar de forma fundamentada precedido da manifestação das partes. **O que não pode é surpreender o processo e encerrar a instrução por decisão implícita. Respeito ao princípio da não surpresa.** 5. Apelação provida. Nulidade reconhecida (Grifou-se) (Maranhão. TJ, 2015).

A prestação jurisdicional não pode ser alheia ao que foi debatido entre as partes do longo do processo. A surpresa reside exatamente na decisão desconexa

ao debate, sem o caráter democrático, ainda que seja matéria reconhecível de ofício (THEODORO JÚNIOR , 2009, p. 189).

Sob a perspectiva moderna e pretendida pelo legislador ordinário, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios tem fundamentado seus acórdãos com base no Novo Código de Processo Civil e invocado os artigos 9º e 10º visando impedir as “decisões-surpresa” e consolidar a dialética entre o juiz e as partes, não só as partes (autor e réu) entre si. Neste sentido, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE AUTORA. VIOLAÇÃO DA GARANTIA DA NÃO SURPRESA E DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. NULIDADE DO ATO.

1. A regra insculpida no artigo impõe 9º do NCPC impõe ao juiz que, ao vislumbrar a possibilidade de aplicação, na sentença, de fundamento jurídico não mencionado por qualquer das partes no processo, conceda, antes da prolação da sentença, prazo para que os litigantes se manifestem sobre a matéria inovadora, não sendo possível, do contrário, empregar tal fundamento na motivação do decisum, sob pena de invalidade do ato.

2. Dispõe o art. 10 do CPC que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

3. Não havendo manifestação das partes sobre a prejudicial de prescrição, impõe-se ao juiz, antes de decidir sobre o tema, **dialogar com os litigantes, sob pena de restar configurado o instituto da surpresa, vedado pelo hodierno processo civil, sob pena de nulidade do ato.**

3. Recurso conhecido e provido. Sentença cassada (Grifou-se) (Distrito Federal. Tribunal de Justiça, 2016).

Depreende-se que o juiz demonstrará, na sentença, a razão de seu convencimento, sendo legalmente controlado e influenciado pelas partes. Inadmissível que os litigantes, de forma alguma, sejam surpreendidos por decisão que se apoie em uma visão jurídica que não foi amplamente discutida em contraditório (THEODORO JÚNIOR , 2009, p. 190).

Nesse diapasão e seguindo a jurisprudência com esse entendimento, só teremos uma decisão jurisdicional legítima se resultar da análise das provas produzidas e da convicção que se formou sobre as situações de fato e de direito. Nula, portanto, a decisão de surpresa que não atende ao princípio do contraditório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por escopo analisar a concepção moderna conferida ao princípio constitucional processual do contraditório no Estado Democrático de Direito em conjunto com os princípios do devido processo legal e da cooperação processual, visando o processo justo e dialético. Tal dialética se manifesta na promoção ao debate, em que se enseja o contraditório e a ampla defesa, e aperfeiçoa a pretensão do legislador.

Observa-se que na prática forense há abusos constantes aos direitos e garantias individuais, dentre eles o direito ao contraditório como meio de enaltecer a participação das partes, juntamente com o juiz, na condução e construção do provimento jurisdicional final.

Por esse motivo, mesmo que esse seja o entendimento da doutrina majoritária, há discussão acerca do tema quando efetivamente aplicado aos casos concretos.

Preliminarmente, abordou-se o princípio universal da dialética e os princípios constitucionais que construíram o ideal de contraditório esperado pelo legislador ordinário no CPC/2015.

E para que o princípio objeto desse estudo chegasse a sua atual concepção, imprescindível destacar as presenças do devido processo legal e da democratização do processo judicial.

A Constituição Federal de 1988 exerce forte influência sobre a atual legislação processual civil, de maneira que os dispositivos legais só poderão ser aplicados através da interpretação cuidadosa dos princípios insculpidos no texto constitucional.

O Código de Processo Civil de 1973, que vigorou por 43 anos, não dispôs assertivamente sobre o princípio do contraditório, ocasionando inúmeras decisões proferidas sem o direito de influência das partes, sem a promoção do debate, sem a democratização do processo. Por conseguinte, as decisões, manifestamente, afastavam ou ignoravam os argumentos levantados pelas partes. Nem elas e nem o magistrado manifestavam-se.

Desponta o princípio do contraditório sob uma nova perspectiva, em que não basta o direito de informação sobre o processo e o direito de manifestação

sobre os atos a serem praticados, contudo faz-se necessário o contraditório efetivo das partes, capaz de mudar eventual entendimento preconcebido do magistrado ou até informações pertinentes que não foram por ele observadas.

Ainda nessa concepção do contraditório, prevista no art. 10 do Novo CPC, a mera manifestação como meio de defesa perde seu sentido, haja vista uma ótica mais ampla, que reconhece o direito da prévia manifestação possivelmente utilizada na resolução do litígio.

Desse modo, a leitura do art. 10 do novo CPC requer, porquanto, uma compreensão teórica não só da atividade jurisdicional como também do devido processo legal.

O juiz não desempenha um papel inquisitivo, mas integra a relação processual com as partes (autor e réu) e tem o dever de conduzir cooperativamente o processo, atribuindo-lhe uma visão democrática e alcançando uma decisão justa. Exige-se, antes de mais nada, que as questões levantadas pelas partes sejam objeto de apreciação. Caso reste dúvidas novamente a parte poderá se manifestar.

Caracterizado o contraditório efetivo e trazendo o posicionamento dominante e defendido por doutrinadores renomados, foram colacionados os acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em que afastam a obrigatoriedade da fundamentação das decisões e da manifestação prévia das partes diante de matérias de ordem pública.

Aliás, é um ponto muito discutido pela doutrina, porquanto ainda não se admite o contraditório quando o juiz puder reconhecer a matéria de ofício sob o argumento da desnecessidade ou da procrastinação no andamento processual.

Ainda há manifesta contradição ao que prega o texto constitucional, como garantia fundamental, quando algumas decisões abandonam o diálogo contínuo e a participação efetiva dos sujeitos processuais. A parte que terá seu universo de direitos e deveres afetados sente-se prejudicada diante da decisão carregada de subjetividade.

No último capítulo, realizou-se um juízo de expectativas na interpretação e aplicação do direito de influência das partes na vigência do Código de Processo Civil de 2015.

Partindo da análise dos enunciados divulgados pela ENFAM, infere-se a relativização da nova concepção do contraditório, ou seja, imbuído de efetividade e

permitindo o direito de influência, no qual os argumentos deduzidos pelas partes no debate sobre a fundamentação da sentença são mitigados.

Espera-se, diante dessa equivocada interpretação da ENFAM, que possui mais ligação com o antigo Código de Processo Civil do que com o atual, que os dispositivos que exigem o contraditório sejam discutidos nos próximos encontros da magistratura a fim de adequar-se a essa nova perspectiva.

Por último, conclui-se que diante dos variados casos, como nas hipóteses de matéria de ordem pública e cognoscível de ofício pelo juiz, na desconsideração da personalidade jurídica, nos assuntos correlatos a gratuidade de justiça, nas ações de improbidade administrativa, dentre outras, não há argumento convincente capaz de afastar o direito à manifestação prévia e a influência. Trata-se, portanto, de adequar a aplicação do contraditório à interpretação conferida pela Constituição da República. Assim, independentemente de ser responsabilidade do magistrado, as partes têm o poder-dever de embasar o provimento jurisdicional com seus argumentos de fato e de direito.

REFERÊNCIAS

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2011.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. São Paulo: RT, 2003, v. I.

ÁVILA, Humberto. **O que é “devido processo legal?”**. Revista de Processo, São Paulo, v. 163, set./2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10/10/2016.

BRASIL. **Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 08/10/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.407-MC. Relator: Min. Celso de Mello. AC. 07.03.1996, RTJ 176/578-580; Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 374.981. Decisão do Rel. Min. Celso de Mello. AC. 28.03.2005, DJU 08.04.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 31/10/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº 24.268/MG. Impetrante: Fernanda Fiuza Brito. Impetrado: Presidente do tribunal de contas da união. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 5 de fevereiro de 2004. Diário de Justiça. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>>. Publicado em 17/09/2004. Acesso em 23/10/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem em agravo de instrumento 791.292/PE. Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 23.06.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28791292%2E%2E+OU+791292%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 20/10/2016

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ. rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes. Data da publicação: 11. I 0.2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTextoMultimidia.asp?servico=atendimentoStfServico&idConteudo=178403&modo=cms>>. Acesso em 10/11/2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Recurso Ordinário: 00788201010803007 0000788-26.2010.5.03.0108. Relator: Convocada Sabrina de Faria F.Leao, Sexta Turma. Data de Publicação: 28/10/2013, 25/10/2013. DEJT. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 02/11/2016

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIDIER JÚNIOR, FREDIE. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18º ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, FREDIE. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 15º ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento nº 20150020330439. Acórdão n.950796. Relator: ROMULO DE ARAÚJO MENDES 1ª TURMA CÍVEL. Data de Julgamento: 22/06/2016. Publicado no DJE: 01/07/2016. Pág.: 77-87. Disponível em:<<https://dje.tjdft.jus.br/dje/djeletronico>>. Acesso em 21/10/2016.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 20150020330439. Acórdão n.952063. Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA 3ª TURMA CÍVEL. Data de Julgamento: 29/06/2016. Publicado no DJE: 08/07/2016. Pág.: 202/214. Disponível em <<https://dje.tjdft.jus.br/dje/djeletronico>>. Acesso em 21/10/2016.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 20150510096934. Acórdão n.957700. Relator: ARNOLDO CAMANHO 4ª TURMA CÍVEL. Data de Julgamento: 27/07/2016. Publicado no DJE: 03/08/2016. Pág.: 216/225 T96. Disponível em <<https://dje.tjdft.jus.br/dje/djeletronico>>. Acesso em 22/10/2016.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 20150710133216. Acórdão n.974766. Relator: GISLENE PINHEIRO 7ª TURMA CÍVEL. Data de Julgamento: 19/10/2016. Publicado no DJE: 24/10/2016. Pág.: 746-754. Disponível em <<https://dje.tjdft.jus.br/dje/djeletronico>>. Acesso em 22/10/2016.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 20150910230557. Acórdão n.972183. Relator: ANA CANTARINO 8ª TURMA CÍVEL. Data de Julgamento: 06/10/2016. Publicado no DJE: 14/10/2016. Pág.: 405/411. Disponível em <<https://dje.tjdft.jus.br/dje/djeletronico>>. Acesso em 22/10/2016.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 20140111801729. Acórdão nº 965180. Relator: ANA CANTARINO 3ª TURMA CÍVEL. Data de Julgamento: 08/09/2016. Publicado no DJE: 13/09/2016. Pág.: 246/256. Disponível em <<https://dje.tjdft.jus.br/dje/djeletronico>>. Acesso em 22/10/2016.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento nº 20130020296754. Acórdão n.766140. Relator: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS 5ª Turma Cível. Data de Julgamento: 26/02/2014. Publicado no DJE: 07/03/2014. Pág.: 98. Disponível em <<https://dje.tjdft.jus.br/dje/djeletronico>>. Acesso em 22/10/2016.

DUARTE, Bento Herculano; JUNIOR, Zulmar Duarte de Oliveira. **Princípios do processo civil: noções fundamentais (com remissão ao novo CPC): jurisprudência do STF e do STJ**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ENFAM. **Enfam divulga 62 enunciados sobre a aplicação do CPC**. Divulgado em 01/09/2015. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>>. Acesso em 09/11/2016.

FRANCO, Marcelo Veiga. **Devido processo legal x indevido processo sentimental: o controle da função jurisdicional pelo contraditório e o modelo participativo de processo**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. 2013. v. 29/1. Disponível em:

<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume2013.1/02.pdf>

Acesso em: 24/10/2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**; coordenador Pedro Lenza. 6ª ed. São Paulo : Saraiva, 2016.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº: 0180852014 MA 0000039-87.2009.8.10.0111. Relator: LOURIVAL DE JESUS SEREJO SOUSA. Data de Julgamento: 03/09/2015, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. Data de Publicação: 10/09/2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/>> . Acesso em: 02/11/2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil V II, Processo de Conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n °: 10702110074680001. Relator: Estevão Lucchesi. Data de Julgamento: 21/02/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 14ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/03/2013. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 02/11/2016.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009.

NUNES. Dierle José Coelho. **Apontamentos iniciais do modelo constitucional de processo civil brasileiro: da concepção procedimental Participativa de Aplicação da tutela – da Leitura das Cláusulas Gerais no Novo Código Civil**. Revista da Faculdade de Direito de Sete Lagoas. 2004. v.2. Número 1. Disponível em: <http://www.unifemm.edu.br/publicacoes/arquivos/Revista%20_Direito.pdf>. Acesso em: 12/11/2016.

_____. **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2011. 281 p.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. **Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. 2010. Belo Horizonte, n. 101. Disponível em:

<<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/118/114>>. Acesso em: 12/11/2016.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de Direito Processual Civil**. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, Seção do Rio Grande do Sul. **Novo código de processo civil anotado**. Porto Alegre, OAB/RS, 2015.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: RT, 2007.

PORTUGAL. **Código de Processo Civil português**. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-processo-civil/downloadFile/file/CODIGO_PROCESSO_CIVIL_VF.pdf?nocache=1286970369.12.>> Acesso em: 30/10/2016

SÁ, Silvio Batista de. **Decisão Jurisdicional: Uma Análise do art. 10 do projeto do novo cpc**. Minas Gerais: Revista de Direito, 2014, p. 205-228.

SIVIERO, Karime Silva. **Uma Análise das Questões de Ordem Pública à luz do Princípio do Contraditório**. Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. Maceió/AL, v. 5, n. 1 (2014), p. 27-43, jan./jun. 2014.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A Constitucionalização do processo no estado democrático brasileiro**. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (Coord.). **Novo CPC: Reflexões e perspectivas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I** / Humberto Theodoro Júnior. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Coelho. **Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação**. Revista da faculdade de direito do sul de minas. Pouso Alegre. ano XXV. n. 28. Jan/Jun. 2009.